

UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE

Departamento de Derecho Privado

Área de Derecho Civil

**LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y
PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DEL
CONTRATO EN LOS PRINCIPIOS DE
DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO**

Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ

**Director: Profesor Dr. D. Francisco OLIVA BLÁZQUEZ
SEVILLA, 2.013**

Esta dedicatoria tiene tanto de devoción como de agradecimiento. Al profesor Francisco Oliva Blázquez, mi director y guía en la Universidad Pablo de Olavide, por la confianza que ha tenido en mí. Espero que el tiempo y sobre todo mi trabajo algún día le den la razón. A mi padre, alma de todo lo que hago, por todas las horas que, como jurista, me ha dedicado.

ÍNDICE

Página

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS.....	13
--------------------------------------	-----------

CAPÍTULO PRIMERO: EL PROCESO DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: SU INFLUENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	15
--	-----------

1. Introducción.....	19
2. Los antecedentes del proceso de modernización del Derecho Contractual Europeo: la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.....	20
2.1. Los antecedentes históricos de la regulación de la compraventa internacional: las Leyes de la Haya de 1964	20
2.2. La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.....	27
3. La construcción del Derecho Privado Europeo: los impulsos armonizadores de la Unión Europea.....	37
3.1. Introducción	37
3.2. Las insuficiencias del Derecho Comunitario como instrumento de aproximación de las legislaciones de los Estados de la Unión Europea	39
3.3. Los impulsos del Parlamento Europeo y de la Comisión en el proceso de construcción del Derecho Privado Europeo.....	45
3.3.1. Introducción.....	45
3.3.2. El papel protagonista del Parlamento Europeo: la Resolución de 26 de mayo de 1989 “sobre un esfuerzo	

para armonizar el derecho privado de los Estados miembros”	46
3.3.3. La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento de 11 de julio de 2001 “sobre derecho contractual europeo”	48
3.3.4. La Resolución del Parlamento Europeo “sobre la aproximación del Derecho Civil y Mercantil de los Estados miembros”, de 15 de noviembre de 2001.....	53
3.3.5. La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “sobre un Derecho Contractual Europeo más coherente. Plan de Acción”, de 12 de febrero de 2003.....	58
3.3.6. La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “sobre Derecho Contractual Europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro”, de 11 de octubre de 2004	64
3.3.7. La Resolución de 23 de marzo de 2006 del Parlamento Europeo sobre “Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro”	68
3.3.8. La Resolución de 7 de septiembre de 2006 del Parlamento Europeo sobre “Derecho contractual europeo”.....	70
3.3.9. La Resolución de 12 de diciembre de 2007 del Parlamento Europeo sobre “Derecho contractual europeo.....	71
3.3.10. La Resolución de 3 de septiembre de 2008 del Parlamento Europeo sobre “un Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo”	72
3.3.11. La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa “al comercio electrónico transfronterizo entre empresas y consumidores en la UE”, de 22 de octubre de 2009	73
3.3.12. Los últimos impulsos políticos de las Instituciones Comunitarias	74
4. Los Principios de Derecho Contractual Europeo (“Comisión Lando”)	82

4.1. Introducción	82
4.2. Génesis de los PECL: la Comisión del Derecho europeo de los contratos (1980 a 2001). Organización y método de trabajo	83
4.3. Objetivos y beneficios de los PECL.....	90
4.3.1. Los PECL como manifestación de una moderna <i>lex mercatoria</i> europea adoptada por las partes: sus repercusiones en el comercio europeo	91
4.3.2. Dotar a la Unión Europea de una infraestructura en el campo del Derecho de los contratos para que sirva de base a su legislación.....	94
4.3.3. La creación de una guía que sirva de modelo a los jueces y legisladores para la evolución de su Derecho contractual nacional	96
4.3.4. El acercamiento entre los sistemas jurídicos de <i>Civil Law</i> y de <i>Common Law</i> para lograr su armonización.....	98
4.4. Características generales de los PECL	99
4.5. Las fuentes en las que se han inspirado los PECL	105
4.5.1. Introducción	105
4.5.2. Los PICC	106
4.5.3. El <i>Restatements of Contract</i>	110
4.5.4. El Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos	115
4.6. Las diferencias y similitudes entre la CISG, los PICC y los PECL	120
4.7. Estructura de los PECL	127
5. Otras iniciativas privadas de unificación del Derecho privado	129
5.1. Introducción	129
5.2. La “Academia de Privatistas Europeos” (“Proyecto de GANDOLFI” o “Grupo de Pavía”	130
5.3. El “Núcleo Común del Derecho Privado” (“Grupo de Trento”).....	133
5.4. El “Grupo de Estudios para el Código Civil Europeo” (“Proyecto VON BAR”)	137
5.5. El “Acquis Group” (“ <i>Research Group on the Existing EC Private Law</i> ”).....	143
6. El Marco Común de Referencia académico.....	147

7. La propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea	154
8. La repercusión del proceso de modernización en el Derecho español.....	157
8.1. Introducción.....	157
8.2. En la doctrina del Tribunal Supremo	158
8.3. En la Comisión General de Codificación.....	165
8.4. En la doctrina científica	168

CAPÍTULO SEGUNDO: ANÁLISIS DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LOS PECL.....

171

1. El sistema de responsabilidad contractual de los PECL.....	173
1.1. El significado de la responsabilidad contractual en los PECL: su regulación	173
1.2. La construcción del sistema de responsabilidad contractual en los PECL	181
1.2.1. Planteamiento	181
1.2.2. El concepto de obligación contractual como punto de partida: la noción del Código Civil.....	182
1.2.3. La concepción de la obligación contractual adoptada por los PECL: sus consecuencias en el sistema de responsabilidad contractual	188
a) El concepto unitario del incumplimiento	189
b) Una responsabilidad contractual objetiva.....	193
c) Un sistema unitario y armonizado de remedios ante el incumplimiento: el <i>ius variandi</i>	195
1.3. Los mecanismos de protección en el caso de incumplimiento: sus límites	202

2. La posición de la indemnización de los daños y perjuicios y de la pretensión de cumplimiento dentro de los sistemas de responsabilidad contractual	207
2.1. Introducción: <i>pacta sunt servanda versus efficient breach</i>	207
2.2. El panorama general en el Derecho Comrado	211
2.3. El panorama en el Derecho interno español	219
2.3.1. Introducción	219
2.3.2. La ejecución <i>in natura</i> en la doctrina del Tribunal Supremo	223
2.3.3. La ejecución de las prestaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil	226
2.3.4. Conclusión	234
2.4. Las soluciones adoptadas en el Derecho uniforme anterior a los PECL	235
2.4.1. En la CISG	236
2.4.2. En los PICC	252
2.5. La solución adoptada en el <i>soft law</i> de los PECL	256
2.5.1. Exposición de los preceptos: regla y excepciones	256
2.5.2. Conclusión	269

CAPÍTULO TERCERO: CONFIGURACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS: CONCEPTO, FUNCIÓN Y PRESUPUESTOS.....271

1. El concepto de la indemnización de los daños y perjuicios	273
2. La naturaleza jurídica de la indemnización	276
3. La indemnización de los daños y perjuicios: su función	278
3.1. Los posible tipos de intereses protegidos por la indemnización	278
3.2. La función resarcitoria adoptada por los PECL: la protección del interés positivo.....	280

3.3. Las funciones de la indemnización de daños y perjuicios rechazadas por los PECL.....	283
3.3.1. Los <i>nominal damages</i>	283
3.3.2. Los <i>punitives damages</i>	284
3.3.3. El enriquecimiento injustificado.....	287
4. Los presupuestos de la indemnización de los daños y perjuicios: el incumplimiento inexcusable	288
4.1. Introducción.....	288
4.2. Las bases de la exigencia de la indemnización de los daños y perjuicios: el incumplimiento inexcusable.....	294
5. Estado de la cuestión en el Derecho uniforme anterior a los PECL.....	300

CAPÍTULO CUARTO: EL DAÑO.....301

1. Introducción.....	305
2. Concepto y presupuestos del daño resarcible	311
2.1. Introducción.....	311
2.2. El daño en sentido material y jurídico: el daño indemnizable	311
2.3. El concepto de daños y perjuicios.....	314
2.4. El significado de los términos “daños y perjuicios”.....	325
2.5. La certeza y prueba como presupuestos esenciales del daño: el daño <i>in re ipsa</i>	330
2.5.1. Certeza y prueba	330
2.5.2. El daño <i>in re ipsa</i>	337
2.5.3. <i>Aestimatio rei</i> y sistema de responsabilidad civil.....	345
3. El principio rector del cálculo de los daños y perjuicios: la reparación integral del daño.....	352
3.1. <i>Full damages rule</i> o reparación integral del daño	352
3.2. Naturaleza del interés protegido: el interés positivo.....	359
3.3. El cálculo del interés positivo	362
3.3.1. Los criterios de cálculo del daño en los PECL.....	362
3.3.2. Los postulados de la teoría de la diferencia	365

3.3.3. Las soluciones adoptadas en los PECL: el criterio general del cálculo subjetivo y real-concreto de los daños	371
3.4. La <i>compensatio lucri cum damno</i> o computación de beneficios	381
4. Los tipos de daños y perjuicios que se integran dentro del concepto de daño indemnizable: el ámbito de resarcimiento.....	390
4.1. Introducción: los tipos de daños indemnizables.....	390
4.2. La distinción entre daños patrimoniales y no patrimoniales.....	396
4.3. Las partidas que se integran dentro del daño patrimonial	402
4.3.1. Daño emergente, lucro cesante y valor de la prestación	402
4.3.2. La integración en el concepto de daño indemnizable del valor de la prestación incumplida.....	403
4.3.3. El daño emergente y el lucro cesante.....	409
a) Las partidas incluidas en el artículo 9:502.....	409
b) Concepto: la integración en el patrimonio como criterio diferenciador	411
c) Los problemas relativos a su existencia y cuantificación: el lucro cesante.....	419
d) La doctrina jurisprudencial en torno al lucro cesante	423
4.4. Los daños no patrimoniales	432
4.4.1. Concepto.....	432
4.4.2. El daño no patrimonial en los PECL y en otros textos uniformes	433
a) La inclusión del daño no patrimonial en los PECL	433
b) El daño no patrimonial en la CISG	437
c) El daño no patrimonial en los PICC.....	447
d) El daño no patrimonial en el CEC	452
e) El daño no patrimonial en el DCFR.....	456
f) El daño moral en el ámbito de la legislación de la Unión Europea.....	458

4.5.	El daño moral en el Derecho español	463
4.5.1.	Introducción	463
4.5.2.	La admisión de la indemnización del daño moral: su evolución.....	466
4.5.3.	Las concepciones negativas del daño moral en la jurisprudencia y en la doctrina	482
4.5.4.	Las concepciones positivas del daño moral en la jurisprudencia y en la doctrina	487
4.5.5.	La distinción entre los daños patrimoniales y los no patrimoniales: concepción objetiva-típica <i>versus</i> concepción subjetiva-consecuencialista	490
	a) Introducción	490
	b) La concepción objetiva-típica del daño moral	494
	c) La concepción subjetiva-consecuencialista del daño moral.....	510
4.5.6.	Conclusiones sobre la concepción del daño no patrimonial: la naturaleza del interés lesionado.....	519
4.5.7.	La superación de la expresión daño moral por la de daño no patrimonial	525
4.5.8.	Delimitación cuantitativa y cualitativa del daño no patrimonial	537
4.5.9.	La prueba del daño moral	541
4.5.10.	Fijación del “quantum”: criterios para su cálculo. Competencia.....	543
4.5.11.	La reparación del daño moral: ¿Pena o compensación? “El pretium doloris”	547
4.5.12.	La reparación del daño moral en forma específica o “in natura”	554
4.5.13.	La indemnización del daño moral como deuda de valor	556
4.5.14.	Reflejo del daño moral en el Derecho positivo español	557
4.5.15.	El daño moral por incumplimiento contractual en nuestra jurisprudencia.....	562

4.6.	El alcance y los límites del daño no patrimonial en los PECL.....	571
4.7.	El daño no patrimonial en las personas jurídicas.....	575
4.8.	Los daños presentes y futuros	578
4.9.	Los daños directos e indirectos	584

CAPÍTULO QUINTO: LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y LA DELIMITACIÓN DEL *QUANTUM RESPONDATUR*.....589

1.	Introducción.....	593
2.	La relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño.....	598
2.1.	<i>Conditio sine qua non</i> y teoría de la equivalencia de las condiciones	598
2.2.	Causalidad fáctica e imputación objetiva	605
3.	Los antecedentes del artículo 9:503 de los PECL	614
3.1.	Introducción.....	614
3.2.	Los antecedentes en los Derechos nacionales.....	614
3.2.1.	De las fuentes del Derecho Romano a Pothier.....	614
a)	El origen del test de previsibilidad en la Constitución de Justiniano.....	614
b)	La delimitación del <i>quantum respondatur</i> en el Digesto	617
c)	La cuestión en la extensión de los daños indemnizables en el pensamiento de MOLINEO	620
d)	Las aportaciones de DOMAT y POTHIER en la delimitación del test de previsibilidad	625
3.2.2.	La influencia del test de previsibilidad en los Códigos Civiles decimonónicos: especial referencia al artículo 1107 del Código civil español	642
3.2.3.	La recepción del test de previsibilidad en el Common Law	656

3.3.	La consagración del test de previsibilidad en el Derecho Uniforme de la Contratación Internacional	665
3.3.1.	Introducción	665
3.3.2.	La introducción de la regla de la previsibilidad en la ULIS	665
3.3.3.	El test de previsibilidad en la CISG	667
3.3.4.	La influencia de la regla de la previsibilidad de la CISG en los PICC	674
4.	El artículo 9:503 de los PECL: estructura y fuentes inspiradoras	676
4.1.	Su estructura	676
4.2.	Las fuentes en las que se ha inspirado	680
5.	Los criterios de imputación objetiva	684
5.1.	Introducción	684
5.2.	El criterio del « <i>riesgo general de la vida</i> » (<i>Allgemeine Lebensrisiko, general life risks</i>)	687
5.3.	El criterio de « <i>prohibición de regreso</i> » (<i>Regressverbot</i>)	688
5.4.	El criterio de la « <i>provocación</i> » (<i>Herausforderung, provocation</i>)	691
5.5.	El criterio del « <i>incremento del riesgo</i> » o « <i>criterio de la conducta alternativa correcta</i> » (<i>Risikoerhöhung</i>)	693
5.6.	El criterio del « <i>fin o ámbito de protección de la norma fundadora de la responsabilidad</i> » (<i>Schutzzweck der Haftungsbegründenden Norm, breach of statutory duties</i>)	695
5.7.	El criterio de la « <i>adecuación</i> » (<i>Adäquanztheorie, foresight test</i>)	700
6.	La previsibilidad del daño y el deudor ordinario: la delimitación del <i>quantum respondatur</i>	704
6.1.	Introducción	704
6.2.	El fundamento de la delimitación del <i>quantum repondatur</i> por el test de previsibilidad	706
6.3.	El deudor ordinario	710
6.3.1.	Concepto: delimitación subjetiva de la regla de la previsibilidad en los PECL y el DCFR	710

6.3.2. Antecedentes normativos	717
a) Introducción: la necesidad de indagar en los precedentes normativos	717
b) La equiparación entre culpa y dolo.....	719
c) El deudor de “buena fe” del artículo 1107	721
6.3.3. Conclusión: el deudor no doloso como beneficiario de la regla de la previsibilidad	727
6.4. El test de previsibilidad: sus efectos sobre el <i>quantum</i> <i>respondatur</i>	728
6.4.1. Características en los PECL	728
6.4.2. Test de previsibilidad e imputación objetiva	732
7. Los daños indemnizables por el deudor intencional o deliberado y para los supuestos de negligencia grave: la extensión del <i>quantum</i> <i>respondatur</i>	734
7.1. Introducción.....	734
7.2. El fundamento de la extensión del alcance de los daños objeto de indemnización.....	735
7.3. El deudor que incumple de forma intencional o con negligencia grave: alcance de la norma.....	738
7.4. El dolo en la fase precontractual	747
8. El daño imputable al acreedor.....	751
8.1. El daño producido por el acreedor.....	751
8.2. El deber de mitigar el daño.....	758
 CONCLUSIONES	765
 BIBLIOGRAFÍA	779
 ANEXO DE SENTENCIAS	825

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

art./arts.	artículo/artículos
AP/AAPP	Audiencia Provincial/Audiencias Provinciales
BGB	Acrónimo de Código Civil Alemán (<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>)
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEC	Código Europeo de Contratos
CEE	Comunidad Económica Europea
CESL	<i>Common European Sales Law</i> - Propuesta de Reglamento de la Unión Europea
CISG	Acrónimo inglés de Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías
DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference</i> - Borrador de Marco Común de Referencia
DOCE	Diario Oficial de la CEE
ed.	edición
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil (si no se dice nada, ley vigente del año 2000)
LH	Ley Hipotecaria
LOPDH	Ley Órgánica 1/1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen
LPI	Ley de Propiedad Intelectual (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril)
MCR	Marco Común de Referencia
núm./núms.	número/números
p./pp.	página/páginas
párr./párrs.	párrafo/párrafos
PECL	<i>Principles of European Contract Law</i> - Principios de Derecho Europeo de los Contratos
PETL	<i>Principles of European Tort Law</i> - Principios de Derecho Europeo de Daños
PMCC	Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos

PICC	<i>Principles International Commercial Contracts</i> - Principios de los Contratos Comerciales Internacionales, de UNIDROIT
SAP/SSAP	Sentencia Audiencia Provincial/Sentencias de la Audiencia Provincial
Secc.	Sección
ss.	siguiente
SAP/SAAPP	Sentencia de la Audiencia Provincial/ Sentencias de las Audiencias Provinciales
STJUE	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STS/SSTS	Sentencia del Tribunal Supremo/Sentencias del Tribunal Supremo
STC/SSTC	Sentencia del Tribunal Constitucional/Sentencias del Tribunal Constitucional
t.	tomo
TC	Tribunal Constitucional
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
trad.	traducción
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios (RD-Leg. 1/2007)
TRLRVM	Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de vehículos a motor (RD- Leg. 8/2004)
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TSJUE	Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea
UE	Unión Europea
ULIS	Uniform Law on the International of Goods
UNCITRAL/CNUDMI	Acrónimo en inglés y español respectivamente de Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado
<i>vid.</i>	véase
vol./vols.	volumen/volúmenes
VV.AA.	varios autores

CAPÍTULO PRIMERO: EL PROCESO DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: SU INFLUENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. Introducción
2. Los antecedentes del proceso de modernización del Derecho Contractual Europeo: la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías
 - 2.1. Los antecedentes históricos de la regulación de la compraventa internacional: las Leyes de La Haya de 1964
 - 2.2. La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías
3. La construcción del Derecho Privado Europeo: los impulsos armonizadores de la Unión Europea
 - 3.1. Introducción
 - 3.2. Las insuficiencias del Derecho Comunitario como instrumento de aproximación de las legislaciones de los Estados de la Unión Europea
 - 3.3. Los impulsos del Parlamento Europeo y de la Comisión en el proceso de construcción del Derecho Privado Europeo
 - 3.3.1. Introducción
 - 3.3.2. El papel protagonista del Parlamento Europeo: la Resolución de 26 de mayo de 1989 “sobre un esfuerzo para armonizar el derecho privado de los Estados miembros”

3.3.3. La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento de 11 de julio de 2001 “sobre Derecho contractual europeo”

3.3.4. La Resolución del Parlamento Europeo “sobre la aproximación del Derecho Civil y Mercantil de los Estados miembros”, de 15 de noviembre de 2001

3.3.5. La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “sobre un Derecho Contractual Europeo más coherente. Plan de Acción”, de 12 de febrero de 2003

3.3.6. La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “sobre Derecho Contractual Europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro”, de 11 de octubre de 2004

3.3.7. La Resolución de 23 de marzo de 2006 del Parlamento Europeo sobre “Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro”

3.3.8. La Resolución de 7 de septiembre de 2006 del Parlamento Europeo sobre “Derecho contractual europeo”

3.3.9. La Resolución de 12 de diciembre de 2007 del Parlamento Europeo sobre “Derecho contractual europeo”

3.3.10. La Resolución de 3 de septiembre de 2008 del Parlamento Europeo sobre “un Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo”

3.3.11. La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa “al comercio electrónico transfronterizo entre empresas y consumidores en la UE”, de 22 de octubre de 2009

3.3.12. Los últimos impulsos políticos de las Instituciones Comunitarias

4. Los Principios de Derecho Contractual Europeo (“Comisión Lando”)

4.1. Introducción

El proceso de modernización del Derecho contractual

4.2. Génesis de los PECL: la Comisión del Derecho europeo de los contratos (1980 a 2001). Organización y método de trabajo

4.3. Objetivos y beneficios de los PECL

4.3.1. Los PECL como manifestación de una moderna *lex mercatoria* europea adoptada por las partes: sus repercusiones en el comercio europeo

4.3.2. Dotar a la Unión Europea de una infraestructura en el campo del Derecho de los contratos para que sirva de base a su legislación

4.3.3. La creación de una guía que sirva de modelo a los jueces y legisladores para la evolución de su Derecho contractual nacional

4.3.4. El acercamiento entre los sistemas jurídicos de *Civil Law* y de *Common Law* para lograr su armonización

4.4. Características generales de los PECL

4.5. Las fuentes en las que se han inspirado los PECL

4.5.1. Introducción

4.5.2. Los PICC

4.5.3. El *Restatements of Contract*

4.5.4. El Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos

4.6. Las diferencias y similitudes entre la CISG, los PICC y los PECL

4.7. Estructura de los PECL

5. Otras iniciativas privadas de unificación del Derecho privado

5.1. Introducción

5.2. La “Academia de Privatistas Europeos” (“Proyecto de GANDOLFI” o “Grupo de Pavía”)

5.3. El “Núcleo Común del Derecho Privado” (“Grupo de Trento”)

5.4. El “Grupo de Estudios para el Código Civil Europeo” (“Proyecto VON BAR”)

5.5. El “Acquis Group” (“*Research Group on the Existing EC Private Law*”)

6. El Marco Común de Referencia académico

7. La propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea

8. La repercusión del proceso de modernización Europeo en el Derecho español

8.1. Introducción

8.2. En la doctrina jurisprudencial

8.3. En la Comisión General de Codificación

8.4. En la doctrina científica

1. INTRODUCCIÓN

Este Capítulo tiene por objeto realizar un análisis del proceso de uniformización y armonización del Derecho contractual europeo, fenómeno que ha originado que en la actualidad se hable de una verdadera modernización de dicho Derecho. Para ello, tomamos como punto de partida la influencia de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, continuando con los impulsos políticos de las instituciones comunitarias y el papel relevante de los estudios académicos (deteniéndonos principalmente en los Principios de Derecho Contractual Europeo), la finalización del borrador del Marco Común de Referencia Académico, y la repercusión que este proceso ha tenido (o está teniendo) en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación, publicada en enero de 2009 y en los estudios de nuestra doctrina.

El estudio del anterior proceso se justifica en el hecho de que nuestro trabajo se centra en la indemnización de los daños y perjuicios contractuales en los PECL, texto que forma parte del Derecho Privado Europeo en un sentido amplio, definido éste por OLIVA BLÁZQUEZ como aquel que «no es un Derecho propiamente dicho; a lo más, se trata de un conjunto de normas de rango inferior, puesto que no goza de la naturaleza de Derecho necesario (*soft law*). Bajo el concepto de Derecho Privado Europeo ubicamos a todos los textos jurídicos que se han creado por los diferentes grupos académicos europeos, así como la elaboración del Marco Común de Referencia bajo los auspicios de Bruselas»¹. Tal concepto no debe ser confundido con el de Derecho Privado Comunitario, que engloba las normas dictadas por la Unión Europea en orden a la regulación de las relaciones jurídico privadas en su territorio y que constituyen un Derecho vigente e imperativo².

¹ OLIVA BLÁZQUEZ, F., *Proyecto de investigación para el concurso a la plaza de profesor titular*, obra inédita, 2007, p. 12.

A lo largo de este estudio trataremos de dar respuestas principalmente a los siguientes interrogantes: ¿Por qué surge la necesidad de unificar el Derecho Privado? ¿Qué papel ha jugado la Convención de las Naciones Unidas? ¿Qué problemas han motivado a la Unión Europea a impulsar la unificación jurídica del Derecho contractual? ¿Qué papel han jugado los trabajos de corte académico? ¿En qué momento del proceso nos encontramos? ¿Cuál ha sido la influencia que este proceso de modernización a nivel europeo ha tenido en nuestro Derecho?

2. LOS ANTECEDENTES DEL PROCESO DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

2.1. Los antecedentes históricos de la regulación de la compraventa internacional: las Leyes de La Haya de 1964

A principios del siglo pasado, el progresivo aumento de las relaciones comerciales internacionales, representadas fundamentalmente por la figura de la compraventa, puso de manifiesto la necesidad histórica de engendrar un Derecho uniforme sobre dicha figura³, ya que la regulación del contrato de

² En nuestra doctrina han establecido una definición de Derecho Privado Comunitario, entre otros, OLIVA BLÁZQUEZ, F., señalando que «se trata del conjunto de normas que emanan de las instituciones comunitarias y que, siendo vinculantes para los Estados miembros, regulan relaciones típicamente jurídico-privadas», *Proyecto de investigación...*, *op. cit.*, p. 43. También SÁNCHEZ LORENZO, S., quien, tras afirmar que abarca al «Derecho positivo», vigente en todos los Estados miembros de la Unión Europea», precisa que en su configuración «no sólo se encuentra el Derecho comunitario fruto de las disposiciones contenidas en el Derecho comunitario constitucional u originario y el Derecho derivado o de armonización que conforma la denominada “integración positiva”. El concepto abarca igualmente la “integración negativa” o el conjunto de reglas genéricas o específicas, especialmente jurisprudenciales, que decantan los límites a los Derechos privados nacionales impuestos por el juego del mercado interior y las libertades de circulación», *Derecho privado europeo*, Comares, Granada, 2002, pp. 3 y 4.

compraventa establecida en los Códigos civiles decimonónicos, pensada para los intercambios domésticos, se manifestó insuficiente para regular el creciente intercambio supranacional. Por ello, surgió la necesidad de crear una nueva regulación que dotara al contrato de compraventa de seguridad y certeza⁴. Las diversas normas de conflicto del Derecho Internacional Privado, que determinaban el Derecho nacional aplicable a los intercambios, se manifestaron insuficientes para fomentar el comercio internacional, ya que eran proclives a generar una gran inseguridad entre las partes contratantes, lo que obstaculizaba el progreso económico. Como indica OLIVA BLÁZQUEZ «la compraventa internacional exige, debido a su señalada trascendencia, una regulación legal que sea capaz de dotar a este contrato de los atributos de certeza y seguridad. La creación de un régimen jurídico que mediante la uniformidad y la armonización acabe con las incertidumbres que obstaculizan

³ Sobre la necesidad de la unificación del Derecho internacional de la compraventa, *vid.*, entre otros: OLIVENCIA RUIZ, M., SÁNCHEZ CALERO, F., «Introducción a la versión española», en John Honold, *Derecho Uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Edersa, Madrid, 1987, pp. 17 y 18; ILLESCAS ORTIZ, R., «El Derecho Uniforme del Comercio Internacional y su sistemática», *Revista de Derecho Mercantil*, 1993, p. 39; BONELL, M.J., *Le Regole Oggettive del Commercio Internazionale, Clausele Tipiche e Condizioni Generali*, Giuffrè Editore, Milano, 1976, pp. 4 y 5; OLIVA BLÁZQUEZ, F., *Compraventa Internacional de Mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 25 a 34.

⁴ Como afirma PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., «desde antiguo la búsqueda de seguridad y estabilidad en las relaciones contractuales de corte internacional es el motor sobre el que ha girado el movimiento de unificación jurídica internacional del contrato de compraventa. El auge que experimentaron a principios de siglo los intercambios comerciales, debido a la mejora y rapidez de los medios de transporte y de las comunicaciones, motivó la necesidad imperiosa de unificar internacionalmente el derecho substantivo y el aplicable a los intercambios comerciales internacionales, habida cuenta de que el Derecho Internacional Privado y su sistema conflictual se revelaban insuficientes para cubrir el amplio elenco de cuestiones que producía el contrato de compraventa y sus contratos satélites. A esta deficiencia del sistema conflictual se une el inconveniente de que los Códigos de los distintos ordenamientos nacionales, al ser muchos de ellos del siglo pasado, no sólo adolecen de graves lagunas -críticas que son extensibles a la escasa normativa que nuestros Códigos dedican a la formación del contrato- sino que además son instrumentos inadecuados para regular la moderna contratación internacional que se desenvuelve en el marco de los intercambios comerciales, en los que el traslado de la cosa es inherente a esa forma de contratar, a diferencia de nuestros vetustos Códigos que regulan de forma preponderante la compraventa en plaza», *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 39 a 41.

las relaciones de intercambio, es un requisito *sine qua non* para garantizar el crecimiento del comercio internacional y el progreso económico»⁵.

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, conocido como UNIDROIT o Instituto de Roma, tomó conciencia de la necesidad de elaborar un Derecho uniforme sobre compraventa internacional, e inició sus trabajos en los años 30 del siglo pasado. Después de varios proyectos sobre Derecho uniforme de la compraventa internacional de mercaderías y para la formación del contrato, convocó en abril de 1964 una Conferencia Diplomática en La Haya⁶, donde los representantes de los veintiocho países⁷ presentes aprobaron dos textos normativos⁸. Por un lado, la Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Bienes Muebles Corporales (*Uniform Law for the International Sale of Goods*), y por otro, la Ley Uniforme sobre la Formación de Contratos de Venta Internacional de Bienes Muebles Corporales (*Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods*)⁹, que entraron en vigor los días 18 y 23 de agosto del año 1972

⁵ OLIVA BLÁZQUEZ, F., *Compraventa Internacional...*, *op. cit.*, p. 27.

⁶ Sobre los trabajos preparatorios de la Conferencia Diplomática de La Haya, *vid.*: BARRERA GRAF, J., «La reglamentación Uniforme de las compraventas internacionales de mercaderías (hacia un Derecho internacional del Comercio)», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 1, 1968, pp. 27 a 33; GARRO, A.M., ZUPPI, A.L., *Compraventa internacional de mercaderías*, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 1990, 35 a 41 y PARRA-ARANGUREN, G., «Legislación Uniforme sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas)*, 1986, pp. 19 a 22.

⁷ Asistieron delegaciones de Austria, Bélgica, Ciudad del Vaticano, Colombia, Dinamarca, España, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Japón, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Árabe Reunida, República Federal de Alemania, República Popular de Bulgaria, San Marino, Suecia, Suiza, Turquía y Yugoslavia.

⁸ OLIVENCIA RUIZ, M., justifica la adopción de dos Convenciones en el «deseo de lograr la máxima aceptación por los Estados de los instrumentos elaborados. Se temía que, en el caso de una sola Convención, los Estados que tuviesen algún obstáculo la rechazasen íntegramente. Dividiendo la materia en dos Convenciones, podría conseguirse que esos Estados suscribiesen al menos una de ellas», «La Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías», *VI Jornadas de Derecho Marítimo*, Universidad de la Rábida, Excm. Diputación Provincial de Huelva, Instituto de Estudios Onubenses, Huelva, 1980, p. 77. En el mismo sentido PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *La formación del contrato...*, *op. cit.*, p. 47.

respectivamente, tras cumplirse el requisito de que fueran cinco Estados los que depositaran sus instrumentos de ratificación o adhesión, siendo el último la República de San Marino. Si bien las dos Convenciones adoptadas en La Haya supusieron el primer intento legislativo en orden a la unificación de la regulación de la compraventa internacional, no tuvieron gran aceptación, y los muchos años de trabajo de UNIDROIT¹⁰ no se vieron reflejados por el consenso e interés generalizado de los Estados¹¹.

Sin duda, una de las principales causas del fracaso de las Convenciones consistió, como indica OLIVENCIA RUIZ, en que «encontraron fuertes obstáculos políticos que limitaron su aceptación. Fueron elaboradas por una Conferencia diplomática de escasa participación en cuanto al número de Estados representados y, en su mayoría, del área de países occidentales, de economía

⁹ Vid., sobre la ULIS y la ULF como antecedentes de la Convención de Viena de 1980, entre otros: ADAME GODDARD, J., *Estudios sobre la compraventa internacional de mercaderías*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991, pp. 9 y 10; BONELL, M.J., *An International Restatement of Contract Law*, 2nd ed., Translational Publishers, Inc, New York, 1997, pp. 62 y 63; GARRO, A.M., ZUPPI, A.L., *Compraventa internacional...*, op. cit., pp. 32 a 35; HONNOLD, J.O., *Uniform Law For International Sales*, Third Edition, Kluwer Law International, 1999, pp. 5 y 6; ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, pp. 80 y 81; MEDINA DE LEMUS, M., *La venta internacional de mercaderías*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 32; OLIVENCIA RUIZ, M., «La Convención de Viena sobre los contratos...», op. cit., pp. 77 a 78; OLIVA BLÁZQUEZ, F., *Compraventa Internacional...*, op. cit., pp. 34 y 35 y PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *La formación del contrato...*, op. cit., pp. 43 a 46.

¹⁰ Como ha señalado BONELL, M.J., «in 1964 a diplomatic Conference convened by the Government of the Netherlands at The Hague resulted in the adoption of two Conventions bearing on a Uniform Law International Sale of Goods (ULIS) and a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods (ULF) respectively. However, despite several decades of intensive efforts invested in their preparation, it appeared from the outset that the two Convention would meet with little success: only nine States ratified them, seven of which belonged to Western Europe», *An Internacional...*, op. cit., pp. 62 y 63.

¹¹ De los veintiocho países representados en la Conferencia Diplomática de La Haya, diecinueve eran de Europa Occidental. Además de una escasa representación de los países en desarrollo y de los países socialistas (sólo Bulgaria, Hungría y Yugoslavia), no estuvieron presentes países como Canadá y la antigua Unión Soviética de gran importancia en el comercio transfronterizo. La Convención no fue ratificada por Estados Unidos, aunque sí por el Reino Unido, pero con reservas.

libre de mercado, desarrollados, industrializados y, por tanto, predominantemente exportadores»¹².

De las dos Convenciones aprobadas en La Haya es la ULIS la que resulta de interés para el estudio de los remedios de que disponen las partes ante el incumplimiento del contrato, particularmente en lo concerniente a la indemnización de los daños y perjuicios¹³.

La ULIS se estructura en 101 artículos, divididos en seis Capítulos, a saber: Capítulo I, Esfera de aplicación de la Ley uniforme (artículos 1 a 8); Capítulo II, Disposiciones generales (artículos 9 a 17); Capítulo III, Obligaciones del vendedor (artículos 18 a 55); Capítulo IV, Obligaciones del comprador (artículos 56 a 70); Capítulo V, Disposiciones comunes a las

¹² OLIVENCIA RUIZ, M., «La Convención de Viena...», *op. cit.*, pp. 78. Sobre los diversos motivos que conllevaron al fracaso de las Convenciones de La Haya afirma PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., que «en primer lugar, y probablemente la más importante, debido a la escasa representación mundial: veintidós de los veintiocho países representados eran europeos o países desarrollados occidentales, sólo estuvieron representados tres países en desarrollo y tres países de la Europa del Este. Consecuencia de ello es que las Leyes Uniformes parecían prestar más atención hacia el comercio entre naciones geográficamente cercanas, especialmente de los países desarrollados, que al comercio internacional entre países de diferentes continentes. A esto se unía el hecho del escaso número de países que ratificaron ambas o sólo una de ellas. En segundo lugar, suscitó numerosas críticas la rapidez en la redacción de ambas leyes, así como el hecho de que se adoptaran “bajo la expresión” de los delegados -de formación jurídica continental en su mayoría- que formaban parte del Comité de redacción, lo que se tradujo en un estilo abstracto de sus disposiciones con los consiguientes defectos de precisión y claridad que, sin duda, provocarían ambigüedades y equívocos en su interpretación. Por todas estas razones no es de extrañar el rechazo de las naciones menos favorecidas hacia un texto en el que no habían participado y que no reflejaba sus intereses en el comercio internacional. Tampoco pudo evitarse el desagrado de los países del entorno jurídico del *common law*. Gran Bretaña consiguió introducir al final de la Conferencia una reserva, la llamada “reserva británica”, por la que se permitía que los Estados en el momento de su ratificación o adhesión declarasen aplicable la Convención de La Haya sobre venta sólo a los contratos en que las partes habían elegido esa ley como ley del contrato (Artículo V). Se restringía así notablemente el ámbito de aplicación de la Convención», *La formación del contrato...*, *op. cit.*, pp. 48 a 50. *Vid.*, también GARRO, A.M., ZUPPI, A.L., *Compraventa internacional...*, *op. cit.*, pp. 35 y 37.

¹³ En el Capítulo I, titulado «*Esfera de aplicación de la ley uniforme*», el art. 8 dispone que «*la presente Ley regulará exclusivamente las obligaciones del vendedor y del comprador que surjan de un contrato de venta. Salvo disposición expresa en contrario, no concierne, en particular, ni a la formación del contrato ni a los efectos que éste puede producir sobre la propiedad de la cosa vendida, ni a su validez o a la de las cláusulas que contiene, ni tampoco a las de cualquier uso*».

obligaciones del vendedor y del comprador (artículos 71 a 95); y Capítulo VI, Transmisión del riesgo (artículos 96 a 101).

Es en el Capítulo III -sobre las obligaciones del vendedor- donde se enuncian las diferentes obligaciones de éste, ofreciendo a continuación de cada una, los remedios de que dispone el comprador ante el incumplimiento de cada concreta obligación por el vendedor. Igualmente, en el Capítulo IV se enuncian las diferentes obligaciones que tiene el comprador y, a continuación, se ofrecen los medios de protección de que dispone el vendedor¹⁴.

La ULIS, después de establecer en los Capítulos III y IV cuáles son las distintas obligaciones del vendedor y del comprador y los remedios de que disponen, dedica el Capítulo V a las disposiciones comunes a las obligaciones de ambas partes. De entre dichas disposiciones comunes, merecerán una especial atención la Sección II sobre exoneración (artículo 74) y la Sección IV sobre reglas complementarias en materia de daños y perjuicios (artículos 82 a 89).

La técnica legislativa fragmentaria empleada por el Instituto de Roma - que se refleja en que cada obligación incumplida, sea por parte del vendedor o del comprador, va seguida del remedio apropiado- ha sido fuertemente criticada por la doctrina más autorizada¹⁵.

¹⁴ Por ejemplo: la Sección I del Capítulo III, que se refiere a la obligación de entrega de la cosa por el vendedor al comprador, se divide en dos subsecciones: la primera, regula en los arts. 20 a 23, la obligación del comprador en cuanto a la fecha y al lugar de entrega, y en los arts. 24 a 32, los remedios de que dispone el comprador cuando el vendedor ha incumplido sus obligaciones respecto a la fecha y lugar de entrega; y la segunda, regula en los arts. 33 a 40, la obligación del vendedor en cuanto a la conformidad de la cosa, y en los arts. 41 a 49, los remedios de que dispone el comprador cuando el vendedor ha incumplido sus obligaciones en cuanto a la conformidad de la cosa entregada. De forma especular, la Sección I del Capítulo IV, se refiere a la obligación consistente en el pago del precio por el comprador al vendedor, los arts. 56 a 60 regulan la fijación del precio, la fecha y lugar de pago, y los arts. 61 a 64 los medios de protección de que dispone el vendedor ante el incumplimiento de tales obligaciones por el comprador.

¹⁵ Sobre la crítica a la fragmentación empleada por la ULIS en la regulación del incumplimiento y sus remedios *vid.*, entre otros: WILL, M., señala «each obligation was followed by the proper remedy or remedies for its breach, so as to make the merchant immediately aware of the potencial legal consequences for breach. However, too many cross-references

Si bien la Conferencia de La Haya de 1964 no pudo obtener el consenso generalizado de los diferentes Estados, a pesar del esfuerzo de años de trabajo, hay que indicar que, no obstante su fracaso, supuso un primer intento de unificación del Derecho de la compraventa internacional, y como tal hay que darle su importancia, ya que sus defectos han servido para guiar los posteriores intentos unificadores¹⁶.

and repetitive remedial provisions were the price of such fragmentation. The system turned out to be too unwieldy a tool to apply in practice», «Commentary Art. 45», en AA. VV., *Commentary on the International Sales Law*, The 1980 Vienna Sales Convention, (By C.M. Bianca y M.J. Bonell, coord. By M.J. Bonell), Giufre, Milán, 1987, pp. 329 y 330. Por su parte indica HONNOLD, J.O., que «among the features of the 1964 Sales Convention (ULIS) that stood in the way of widespread adoption were lenght and complexity problems that resulted primarily from fragmenting the rules on remedies for breach. For example, performance by the seller was divided into five categories and a separate remedial system was provided for each. This approach was designed to make the remedial system clear but the distinctions between the five categories of performance were so artificial that the system produced ambiguity, complexity and unnecessary length», *Uniform Law...*, *op. cit.*, p. 300; y como ha indicado LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., respecto de las sanciones ante el incumplimiento del vendedor, que igualmente es predicable de las referentes a las del comprador, «la LUVI arbitraba un complejo y, en ocasiones, especioso sistema de sanciones para el caso de incumplimiento de sus obligaciones por el vendedor, en los artículos 18 a 55. La técnica era verdaderamente rudimentaria por lo casuística..., pues a cada incumplimiento o series de incumplimientos por parte del vendedor se adjudicaban determinadas sanciones, creando tal tipo de entrecruzamiento y ambigüedades de concepto, que convertían al texto en altamente inseguro», «Comentario a los artículos 45 a 52», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, p. 406.

¹⁶ Como ha indicado PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., «actualmente el valor de ambas Convenciones es prácticamente nulo, debido a que un nuevo instrumento de Derecho uniforme -La Convención de Viena de 1980- ha venido a reemplazar con éxito a las Convenciones de La Haya de 1964. No obstante, y a pesar de lo acertado del contenido de las críticas vertidas sobre las Convenciones de La Haya de 1964, conviene ser justos en el análisis de esos dos textos que se presentaron en su momento como un remedio importante, aunque insuficiente, para lograr un cuerpo normativo común a diferentes sistemas jurídicos y económicos que no dependiese ya de la norma de conflicto, insuficiente e insegura, para la resolución de las disputas. Las Convenciones de La Haya se alzaron con la pretensión de establecer un conjunto de reglas sistemáticas y uniformes sobre los puntos más importantes que afectan a las transacciones comerciales, si bien por causa de la escasa diversidad de los países representados no llegó a convertirse en ese ansiado instrumento normativo de aplicación universal y uniforme. No obstante, constituyen la piedra angular sobre la que se erige la Convención de Viena sobre compraventa de 1980 porque una gran parte de sus disposiciones son en esencia el fruto de una labor de depuración, perfección y pulido de la normativa contenida en las Convenciones de La Haya de 1964», *La formación del contrato...*, *op. cit.*, p. 51.

2.2. La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías

Una de las principales causas del relativo fracaso de la Conferencia de La Haya de 1964, lo constituyó, como ya se ha indicado, el pobre número de países representados. Ello hizo tomar conciencia a la Comunidad Internacional de que el éxito de un texto unificador requeriría una participación mundial en su adopción. Para ello, la Asamblea General de las Naciones Unidas, tras la presentación por el representante de Hungría de un Memorándum en el que la instaba a que promoviera la unificación y armonización del Derecho del comercio internacional, dictó el día 17 de diciembre de 1966 la Resolución 2205 (XXI) creando la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)¹⁷.

En el año 1968 comenzó el primer período de sesiones de UNCITRAL, donde se estableció como objetivo principal comenzar los trabajos necesarios para promover la uniformidad y armonización del Derecho del comercio internacional, preferentemente en las cuestiones relativas a la compraventa internacional, pagos internacionales y arbitraje comercial internacional. Para conseguir tales fines sus miembros se plantearon si se debía promover la adopción de las dos Convenciones de La Haya o, si por el contrario, se tenía que elaborar un nuevo texto internacional que fuera expresión del consenso y comprensivo de los intereses de todos los Estados. Con el propósito de saber cuál era el camino a elegir, se remitieron a los países integrantes de las Naciones Unidas y a diferentes organizaciones las Leyes Uniformes de La Haya con el objeto de que se pronunciaran sobre su deseo de ratificarlas o no.

¹⁷ Con relación a UNCITRAL, *vid.*, entre otros: CAMPUZANO DÍAZ, B., «¿Hacia un Derecho Contractual Europeo?», *Anuario de Derecho Civil*, nº 2, Universidad de Sevilla Servicio de Publicaciones, 2002, p. 48; GARRO, A.M., ZUPPI, A.L., *Compraventa internacional...*, *op. cit.*, pp. 43 a 47; HONNOLD, J.O., *Uniform Law...*, *op. cit.*, pp. 6 a 9; MEDINA DE LEMUS, M., *La venta internacional...*, *op. cit.*, pp. 32 y 33; OLIVENCIA RUIZ, M., «La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL): Balance de un decenio (1968-1977)», en AA. VV., *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Antonio Polo*, Editoriales de Derecho Reunidas, 1981, pp. 755 y 756, «La Convención de Viena...», *op. cit.*, pp. 78 a 80 y «Uncitral: Hacia un derecho uniforme mercantil uniforme en el siglo XXI», *Revista de Derecho Mercantil*, número 207, Enero-Marzo, 1993, pp. 9 a 35 y OLIVENCIA RUIZ, M., SÁNCHEZ CALERO, F., «Introducción a la versión española», *op. cit.*, pp. 18 y 19.

Posteriormente, en el año 1969, se inició el segundo período de sesiones de la Comisión, donde fueron analizadas las respuestas sobre la intención de adherirse o no a las Convenciones de La Haya de 1964 y sus motivaciones, lo que resultó ser un interesante material para averiguar cuáles eran los cambios que tendrían que realizarse en orden a lograr su aceptación por los distintos Estados. El estudio de las tales respuestas llevó a UNCITRAL a concluir que dichas Convenciones no obtendrían una amplia ratificación por los Estados por lo que el camino a seguir sería la elaboración de un nuevo texto fruto del consenso y la conciliación de los intereses de los distintos sistemas jurídicos. Con tal propósito UNCITRAL constituyó un Grupo de Trabajo para la elaboración de un nuevo texto unificador formado por 15 miembros¹⁸. Sus trabajos no comenzaron de cero, sino que, sobre la base de la ULIS y la ULF, se introdujeron los cambios necesarios con el fin de que ambos textos acogieran los intereses de países con diferentes sistemas políticos, jurídicos, sociales y económicos¹⁹.

El Grupo de Trabajo, de forma especular a UNIDROIT en la redacción de las Convenciones de La Haya, estudió por separado las cuestiones relativas a la compraventa y a la formación del contrato. El Proyecto de Convención relativo a la compraventa fue terminado por el referido Grupo en el año 1976 y dos años más tarde, en 1978, el Proyecto de Convención sobre formación. La Comisión en pleno, el 16 de junio de 1978, aprobó los dos proyectos y los refundió en uno solo. El 16 de diciembre del mismo año, la Asamblea General de las Naciones Unidas convocó una Conferencia Diplomática de

¹⁸ Grupo de Trabajo, que bajo la presidencia del jurista mexicano Jorge Barrera Graft estuvo integrado por los Estados de: Brasil, Estados Unidos de América, Francia, Ghana, Hungría, India, Irán, Japón, Kenia, México, Noruega, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Túnez y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas

¹⁹ Sobre la labor realizada en los períodos de sesiones de UNCITRAL, *vid.*, entre otros: GARRO, A.M., ZUPPI, A.L., *Compraventa internacional...*, *op. cit.*, pp. 44 y 45; OLIVENCIA RUIZ, M., «La Comisión de las...», *op. cit.*, pp. 763 a 770; PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *La formación del contrato...*, *op. cit.*, pp. 53 a 55 y sus Anuarios donde se recogen los informes de la Comisión sobre los trabajos realizados en sus sesiones (<http://www.uncitral.org/uncitral/es/index.html>).

plenipotenciarios de los diferentes Estados con el objetivo de aprobar el Proyecto de Convención sobre Contratos de Compraventas Internacionales de 1978²⁰.

La Conferencia Diplomática se inició en Viena el día 11 marzo de 1980 con el objetivo de estudiar el Proyecto de Convención elaborado en 1978²¹, donde estuvieron representados 62 Estados, encontrándose presentes los países con intereses comerciales más fuertes, así como 8 Organizaciones Internacionales que, finalmente, el día 11 de abril de 1980, aprobaron la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, conocida como Convención de Viena²², entrando en vigor el día 1 de enero de 1988²³. Como ha indicado BONELL, «the adoption of CISG in 1980 was the culmination of some fifty years work which started back in 1929, when UNIDROIT, acting upon a proposal by German comparativist Ernst Rabel, decided to undertake the necessary preparatory studies with a view to elaborating a uniform law for international sales contracts and to entrust this task to a special group of experts»²⁴. España ratificó la Convención sin reserva alguna el día 17 de julio de 1990, y el día 24 de julio del

²⁰ Acerca de la Conferencia Diplomática de Viena, *vid.*: OLIVENCIA RUIZ, M., «La Convención de Viena...», *op. cit.*, p. 78 y PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *La formación del contrato...*, *op. cit.*, pp. 56 y 57.

²¹ El Comentario de la Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Proyecto de Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías puede consultarse en <http://www.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/cisg/1.htm1>.

²² Sobre el camino recorrido por UNCITRAL hasta la aprobación de la CISG, *vid.*: ADAME GODDARD, J., *Estudios sobre la compraventa...*, *op. cit.*, pp. 10 y 11; GUARDIOLA SACARRERA, E., *La Compraventa internacional y los incoterms*, Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, 4ª edición, Barcelona, 1988, pp. 20 y 21; HONNOLD J.O., *Uniform Law...*, *op. cit.*, p. 9 a 12; MEDINA DE LEMUS, M., *La venta internacional...*, *op. cit.*, pp. 32 a 34; OLIVA BLÁZQUEZ F., *Compraventa Internacional...*, *op. cit.*, pp. 35 y 36 y GARRO A.M., ZUPPI A.L., *Compraventa internacional...*, *op. cit.*, p. 43 y 47.

²³ El art. 99.1 de la CISG dispone que entraría en vigor «el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses, contados desde la fecha en que haya sido depositado el décimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, incluido todo instrumento que contenga una declaración hecha conforme al artículo 92». El día 11 de diciembre de 1986, China, Italia y los Estados Unidos de América depositaron sus respectivos instrumentos de ratificación.

²⁴ BONELL, M.J., *An Internacional...*, *op. cit.*, pp. 61 y 62.

mismo año depositó el instrumento de ratificación. En el Boletín Oficial del Estado de 30 de enero de 1991 fue publicado el texto junto con el instrumento de adhesión, entrando en vigor el día 1 de agosto de 1991²⁵.

Las razones del éxito de la CISG²⁶ se encuentran no sólo en el gran número de países que participaron en su elaboración, sino también en que ha sido ratificada por más de 70 países, entre los que se encuentran la gran mayoría de las potencias comerciales mundiales, con las notables excepciones del Reino Unido de Gran Bretaña y Brasil²⁷. A su éxito ha contribuido que obtuviera el consenso tanto de los países desarrollados como los en vía de desarrollo, de libre mercado como los de mercado dirigido, y los países de tradición jurídica de *Civil Law* y de *Common Law*. Ello, unido, como afirma OLIVA BLÁZQUEZ, a «la adecuación de sus soluciones a los problemas contemporáneos, la calidad técnica de algunas de sus categorías técnicas (p. ej, la falta de conformidad o la transmisión del riesgo), y el hecho de ser la expresión neutral de una voluntad compartida, la han convertido en un

²⁵ OLIVENCIA RUIZ, M., «Uncitral: Hacia un...», *op. cit.*, p. 17; ESPLUGES MOTA, C., «Ratificación por España del Convenio de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1990, pp. 710 y 711 y «Lección 8ª. Compraventa Internacional de Mercaderías: La Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías», en AA. VV., *Derecho del Comercio Internacional*, (dir, Carlos Espulgues Mota), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, cit., p. 170, «el Convenio de Viena de 1980 ha constituido un éxito. A fecha de hoy más de 60 países, incluyendo los más relevantes -económicamente hablando- del mundo, se han vinculado al mismo. España se adhirió al Convenio con efectos 17 de julio de 1990. A partir de ese momento, la normativa española sobre compraventa internacional de mercaderías es la del texto de Viena, en todo aquello cubierto por él. En las cuestiones no cubiertas por el mismo se estará a la ley que, de acuerdo con el Convenio de Roma de 1980, deba regular el contrato».

²⁶ Sobre las razones del éxito de la CISG, *vid.*, en nuestra doctrina, entre otros: OLIVA BLÁZQUEZ, F., *Compraventa Internacional...*, *op. cit.*, pp. 37 a 41 y PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *La formación del contrato...*, *op. cit.*, pp. 58 a 67.

²⁷ En relación a la ausencia del Reino Unido de Gran Bretaña, señala OLIVA BLÁZQUEZ, F., que «resulta muy significativa debido al notable peso específico de que goza en el ámbito del comercio internacional. Puesto que la mayoría de los miembros de la Unión Europea forman parte de la Convención de Viena, en un principio se pensó que la ratificación era sólo una cuestión de tiempo. No obstante, ya han transcurrido diez años desde su entrada en vigor sin que, por el momento, existan señales claras que permitan vaticinar un cambio inmediato de actitud», *Compraventa Internacional...*, *op. cit.*, p. 38.

instrumento de cierto “culto jurídico”, entre los comparatistas, en modelo para la modernización de las legislaciones nacionales, y en herramienta de cabecera para la redacción de dos de los textos más modernos de la contratación internacional: los Principios de UNIDROIT y los PECL²⁸.

Cuando se ha estudiado la ULIS, se expuso cómo uno de los motivos de su fracaso la técnica legislativa fragmentaria empleada. Ello sirvió para que el Grupo de Trabajo de UNCITRAL comprendiera que, si deseaba que sus proyectos despertaran el interés generalizado de los Estados, deberían establecer un sistema que se alejara de la complejidad y ambigüedad del establecido en La Haya, construyendo uno claro y seguro, exento de entrecruzamientos y oscurantismos. Si bien la ULIS no obtuvo los resultados deseados, muchos de sus errores han sido de gran utilidad para el posterior éxito de la CISG, ya que la Comunidad Internacional aprendió de ellos²⁹.

²⁸ OLIVA BLÁZQUEZ, F., *Proyecto de investigación...*, *op. cit.*, pp. 186 y 187.

²⁹ Sobre la técnica legislativa empleada por la CISG en la regulación de los remedios, en la doctrina, entre otros, sostiene HAGER, G., que «the fact that the CISG sets out the rules on the remedies for the various types of breach of contracts in one section constitutes a major difference between it and ULIS. The decisive consideration was that this legislative technique would prevent gaps, enable all the parties obligations to be dealt with in one body of rules, and make the CISG shorter and clearer», «Commentary Art. 61», en AA. VV., *Commentary on the un Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Second Edition (in translation), (Translates by Geoffrey Thomas, Clarendon Press), Oxford, 1998, cit. pp. 480; HONNOLD, J.O., señala que «the Convention`s unified contractual approach to the parties` duties was implemented by a unified system of remedies for breach. Under Article 45 a single set of remedies applies when the seller “fails to perform any of his obligations”; similarly, Article 61 provides a single set of remedies when the buyer “fails to perform any of his obligations”...In addition, a unified remedial system strengthened the Convention`s unitary approach centering on the contract», *Uniform Law...*, *op. cit.*, pp. 19 y 300. Por su parte KNAPP, V., indica que «ULIS grouped the remedies for breach of contract by the buyer separately according to the kind of breach concerned and distinguished remedies for non-payment (Articles 61 et seq.), for the failure to take delivery (Articles 66 and 67), and for the failure to perform other obligations (Article 70). In contrast, this Convention concentrates all the rules concerning such remedies for breach of contract by the buyer in one section only, namely in Part III, Chapter III, Section III», continua este autor, exponiendo las ventajas de la unificación establecida en la CISG «first, all the buyer`s obligations are brought together in one place without the confusion generated by the complexities of repetitive remedial provisions. This makes it easier to understand the rules for what the buyer must do, the provisions of primary interest to merchants. Second, problems of classification are reduced with a single set of remedies. Third, the need for complex cross-referencing is lessened», «Commentary Art. 61», en AA. VV., *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention*, (By C.M. Bianca y M.J. Bonell, coord. By M.J. Bonell), ed. Giuffré, Milán, 1987, pp. 442 a 443. Por último WILL, M., señala que «the Convention has adopted most of the remedies but not the system of ULIS...According, Chapter II, Section III

En la actualidad nadie discute que la CISG representa el texto de Derecho uniforme que más éxito y aceptación ha generado³⁰. Como prueba de

of the Convention first lists the obligations of the seller and afterwards the remedies of the buyer, Chapter III, Section III the obligations of the buyer and afterwards the remedies of the seller», «Commentary Art. 45», *op. cit.*, pp. 329 y 330. En la doctrina española afirma LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M. el acierto de «colocar todas las obligaciones en una sección y en otra los derechos y acciones en caso de incumplimiento. Así se ha hecho en la Convención de Viena de 1980, reuniendo en el Capítulo II, Sección III, un elenco de las obligaciones del vendedor y después de él los derechos y acciones del comprador, procediendo de modo especular en la Sección III del mismo Capítulo en relación con las obligaciones del comprador y los derechos y acciones del vendedor...la simplificación no ha implicado una exhaustividad del tratamiento de los derechos y acciones, pues cuestiones muy importantes referentes a la indemnización por daños y perjuicios, y a la resolución por incumplimiento, así como a otras materias conexas con el incumplimiento se encuentran reguladas en otros lugares de la Convención..., manteniendo complejas interrelaciones con la Sección II y III», «Comentario a los artículos 45 a 52», *op. cit.*, p. 406.

³⁰ Los estudios sobre la CISG, tanto de la doctrina española como extranjera resultan prácticamente inabarcables, *vid.*, entre otros, los siguientes: ADAME GODDARD, J., *Estudios sobre la compraventa...* *op. cit.*; AUDIT, B., *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, L.G.D.J., París, 1990; BONELL, M.J., *An Internacional...*, *op. cit.*; CALVO CARAVACA, A.L., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho Mercantil Internacional*, Tecnos, 2ª edición revisada y puesta al día, Madrid, 1995; ESPLUGES MOTA, C., *Compraventa Internacional de Mercaderías*, Instituto de la Mediana y Pequeña Industria Valenciana, Valencia, 1993 y «Lección 8ª. Compraventa Internacional...», *op. cit.*, pp. 162 a 192; ESPLUGES MOTA, C., BARONA VILAR, S., HERNÁNDEZ MARTÍ, J., *Contratación Internacional*, (coordinado por Carlos Esplugues Mota), 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; GALGANO, F., «El Derecho Uniforme: La Compraventa Internacional», en AA. VV., *Atlas de Derecho Privado Comparado*, (coordinador Francesco Galgano, traducción por Fernández Campos y Verdera Server), Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000, pp. 373 a 384; GARRO, A.M., ZUPPI, A.L., *Compraventa internacional...*, *op. cit.*; GUARDIOLA SACARRERA, E., *La Compraventa internacional...*, *op. cit.*; HONNOLD, J.O., «On the Road to Unification of the Law of Sales», *Forum Internationale*, número 2, June 1983, pp. 5 a 14 y *Uniform Law...*, *op. cit.*; ILLESCAS ORTIZ, R., «El Derecho Uniforme del Comercio...», *op. cit.*, pp. 37 a 91 y «El Derecho uniforme del comercio internacional: elementos de base», en AA. VV., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Tomo II, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, pp. 1781 a 1800; ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil Internacional...*, *op. cit.*; MEDINA DE LEMUS, M., *La venta internacional...*, *op. cit.*; OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Aceptación, contraoferta y modificación del contrato de compraventa internacional a la luz del artículo 8 del Convenio de Viena, la indemnización de daños y perjuicios y el “deber de mitigar” “ex” artículo 77 CISG. Comentario a la STS de 28 de enero 2000 (RJ 2000, 454)», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2000, I, número 5, pp. 203 a 219 y *Compraventa Internacional...*, *op. cit.*; PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *La formación del contrato...*, *op. cit.*; «El derecho uniforme del Comercio Internacional: los Principios de Unidroit (Ámbito de aplicación y Disposiciones Generales)», *Revista de Derecho Mercantil*, número 223, Enero-Marzo, Madrid, 1997, pp. 221 a 297; «Los Principios de Unidroit y CISG: su mutua interacción», en AA. VV., *Comentario a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1998, pp. 187 a 208; «El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)», <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>, 2001, pp. 1 a 107 y «La aplicación jurisprudencial en España de la Convención

lo anterior, hace ya casi una década, cuando ya eran más de sesenta países los que habían ratificado la CISG, afirmaron ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS que «2/3 de la población mundial disponen del mismo conjunto de normas en relación con el contrato de compraventa internacional y lo que es más importante que más de 2/3 del conjunto del comercio internacional queda gobernado por la Convención de Viena»³¹. Lógicamente, el amplio sometimiento de las compraventas internacionales a los dictados de la CISG ha tenido su correspondiente desarrollo jurisprudencial en sentencias y en los laudos arbitrales de las Cortes de Arbitraje Internacional³².

La CISG se encuentra estructurada en cuatro Partes que suman un total de 101 preceptos³³. El Capítulo II de la Parte III -sobre las obligaciones del

de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional, los Principios de Unidroit y los Principios del Derecho Contractual Europeo: de la mera referencia a la integración de lagunas», *Diario La Ley*, 31 de mayo de 2007, pp. 1 a 24. Resultan especialmente interesantes los Comentarios al texto de la CISG dirigidos por DíEZ-PICAZO: *Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998; BIANCA y BONELL: *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention*, (By C.M. Bianca y M.J. Bonell, coord. by M.J. Bonell), Giufre, Milán, 1987 y SCHLECHTRIEM: *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Second Edition (in translation), Translates by Geoffrey Thomas, Clarendon Press, Oxford, 1998.

³¹ ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil Internacional...*, op. cit., p. 79.

³² La jurisprudencia relativa a la CISG se puede consultar no sólo la página web de UNCITRAL (<http://www.uncitral.org/>), sino también en la CISG Data Base, de la Pace Law School (<http://www.cisg.law.pace.edu/>), donde existen en la actualidad más de 2.500 referencias y en UNILEX, de Unidroit (<http://www.unilex.info/>). En nuestro país debe destacarse la labor realizada -en orden a la difusión de la jurisprudencia de la CISG, no sólo de nuestros tribunales, sino también de los de diferentes países de latinoamérica-, por el área de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid (<http://turan.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/cisg/index.html>).

³³ Parte I. Ámbito de aplicación y disposiciones generales: Capítulo I. Ámbito de aplicación (artículos 1 a 6); Capítulo II. Disposiciones generales (artículos 7 a 12). Parte II. Formación del contrato (artículos 14 a 24). Parte III. Compraventa de mercaderías: Capítulo I. Disposiciones generales (artículos 25 a 29); Capítulo II. Obligaciones del vendedor (artículo 30): sección I. Entrega de las mercaderías y de los documentos (artículos 31 a 34), sección II. Conformidad de las mercaderías y pretensiones de derechos (artículos 35 a 44) y sección III. Derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el vendedor (artículos 45 a 52); Capítulo III. Obligaciones del comprador (artículo 53): sección I. Pago del precio (artículos 54 a 59), sección II. Recepción (artículo 60) y sección III. Derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el comprador (artículos 61 a 65); Capítulo IV. Transmisión del riesgo (artículos 66 a 70); Capítulo V. Disposiciones comunes a las obligaciones del vendedor y del comprador: sección I. Incumplimiento previsible y contratos con entregas sucesivas

vendedor- norma en sus dos primeras secciones cuáles son las obligaciones del vendedor, y en la sección última establece el sistema de remedios, de derechos y acciones de que dispone el comprador ante el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del vendedor. De forma paralela, el Capítulo III de la misma Parte -sobre las obligaciones del comprador- regula en sus dos primeras secciones las obligaciones del comprador, y establece el sistema de remedios, de acciones que podrá ejercer el vendedor ante el incumplimiento de las obligaciones del comprador.

La Parte III de la CISG regula en el Capítulo V un conjunto de normas comunes a las obligaciones del vendedor y del comprador. En estas normas se contiene el régimen del remedio objeto de estudio: la indemnización de los daños y perjuicios, además de las normas relativas a los intereses y a las causas de exoneración de la responsabilidad contractual.

Resulta imprescindible para reflejar la importancia que la CISG ha tenido en el proceso de modernización del Derecho Contractual Europeo, exponer las ideas fundamentales en las que dicho texto se inspira, y que, posteriormente, serán desarrolladas a lo largo de este trabajo. Son básicamente las siguientes:

- En lo que respecta a la configuración del contrato, éste no se concibe como un vínculo generador de deberes de conducta para el deudor, sino que la celebración del contrato obliga a garantizar un resultado. La falta de realización del resultado determina la insatisfacción del acreedor y por tanto la producción del incumplimiento. En este sentido ha señalado MORALES MORENO que «hoy podemos afirmar que la nueva construcción del derecho de obligaciones contractual tiende a reforzar, en la vinculación contractual, la idea de garantía de un resultado, que traspasa los límites de la idea de cumplimiento del deber de prestación. Afirmar que el deudor garantiza un resultado (un nivel de satisfacción del interés del acreedor) supone que la vinculación contractual

(artículos 71 a 73), sección II. Indemnización de daños y perjuicios (artículos 74 a 77), sección III. Intereses (artículo 78), sección IV. Exoneración (artículos 79 y 80), sección V. Efectos de la resolución (artículos 81 a 84) y sección VI. Conservación de las mercaderías (artículos 85 a 88). Parte IV. Disposiciones finales (artículos 89 a 101).

tanto puede referirse al cumplimiento [de] deberes de conducta, como a hechos, situaciones o estados que la realidad (presente o futura), que constituyan presuposiciones del contrato, cuando el riesgo que para el acreedor implica su existencia o no existencia corre de algún modo a cargo del deudor»³⁴. De esta configuración del contrato, propia de los sistemas del *Common Law*, derivan las siguientes consecuencias: la unificación del concepto de incumplimiento, la construcción de un sistema unitario y articulado de responsabilidad contractual, y el encontrarnos ante un sistema de responsabilidad contractual objetivo, ya que se construye al margen de la culpabilidad del deudor.

- Será incumplimiento toda falta de realización del interés del acreedor, con independencia de que dicho incumplimiento sea o no imputable al deudor³⁵. El deudor tendrá siempre que responder cuando el daño sea concreción de los riesgos que se encuentren dentro de su esfera de control. Al respecto, señala MORALES MORENO que «el concepto de conformidad (falta de conformidad) de la mercancía que utiliza la CV permite agrupar bajo ella un conjunto de problemas relativos al exacto cumplimiento del contrato de compraventa»³⁶.

³⁴ MORALES MORENO, A.M., *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 19 y 20. *Vid.*, también su «Comentario al artículo 35 de la CISG», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 290 a 292 y Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 318 a 320.

³⁵ La concepción unitaria del incumplimiento en la CISG se pone de manifiesto en sus arts. 45 y 61, lo que ha influido decisivamente en la redacción del párr. 4 del art. 1:301 de los PECL.

³⁶ MORALES MORENO, A.M., «Comentario al artículo 35...», *op. cit.*, p. 292. También ha señalado MORALES MORENO, A.M., que «al considerar a toda falta de conformidad como incumplimiento, la CISG ha resuelto uno de los mayores problemas con los que se ha venido enfrentando la articulación de la responsabilidad contractual en los ordenamientos continentales inspirados en el sistema romano...La solución de la CISG implica integrar en un concepto unitario de incumplimiento todas las manifestaciones del cumplimiento defectuoso por defectos materiales del objeto, y unificar su régimen o sistema de remedios», *La Modernización del...*, *op. cit.*, pp. 210 y 211. *Vid.*, también Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 321 y 322.

- La unificación del concepto del incumplimiento permite configurar un sistema de responsabilidad contractual de forma unitaria y articulada. Una vez producido el incumplimiento, presupuesto básico del sistema, el acreedor que lo sufre tiene a su disposición un conjunto de remedios para hacer efectiva la protección de sus intereses. No obstante lo anterior, debe tenerse presente que el ejercicio de cada uno de los remedios exige la concurrencia de determinadas condiciones y presupuestos, no siendo suficiente en algunos casos el mero incumplimiento del contrato³⁷.

- El modelo de la CISG establece un sistema de responsabilidad contractual objetivo, basado en el incumplimiento. Sólo en relación a la indemnización de daños y perjuicios se establece en su artículo 79 ciertas causas de exoneración, sin que las mismas tengan relación con la presencia o ausencia de la culpa³⁸.

Por último, debemos afirmar que la CISG ha superado con creces sus objetivos, pues no sólo ha contribuido como afirma MORALES MORENO «al establecimiento de un nuevo orden económico internacional, en el que el comercio se desarrolle sobre la base de la igualdad y del beneficio mutuo. Contribuye suprimiendo obstáculos jurídicos, mediante la adopción de normas uniformes aplicables a los contratos de compraventa internacional de mercaderías»³⁹, sino que representa una nueva construcción del Derecho de los contratos que ha servido como modelo además de para la redacción de las reglas contenidas en los PICC y de los PECL, para la adecuación, en algunos

³⁷ Vid., MORALES MORENO, A.M., *La Modernización del...*, op. cit., p. 31.

³⁸ SALVADOR CODERCH, P., «Comentario artículos 79 y 80», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 635 a 656; STOLL, H., «Commentary Arts. 79 y 80», en AA. VV., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Second Edition (in translation), (Edited by Peter Schlechtriem), Translates by Geoffrey Thomas, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 600 a 626; TALLON, D., «Commentary Arts. 79 y 80», en AA. VV., *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention*, (By C.M. Bianca y M.J. Bonell, coord. By M.J. Bonell), ed. Giufre, Milan, 1987, pp. 572 a 595.

³⁹ MORALES MORENO, A.M., *La Modernización del...*, op. cit., p. 205.

casos por vía jurisprudencial, de las vetustas reglas de los Códigos civiles decimonónicos a las actuales necesidades del tráfico. Así, destaca, por ejemplo, la influencia que la CISG ha tenido en Alemania en la reforma del BGB⁴⁰.

3. LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO PRIVADO EUROPEO: LOS IMPULSOS ARMONIZADORES DE LA UNIÓN EUROPEA

3.1. Introducción

El día 25 de marzo del año 1957, Bélgica, la República Federal de Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos, firmaron los Tratados de Roma, donde además de crearse una Comunidad Europea de la Energía Atómica, vio la luz la Comunidad Económica Europea. Ésta ha tenido un papel fundamental al representar el origen del desarrollo de un mercado común europeo, y a la misma, conocida desde el Tratado de Maastricht del año 1993, como Unión Europea, se incorporó España junto con Portugal, en el año 1986.

El artículo 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁴¹ establece como sus objetivos los siguientes: «1. *La Unión adoptará las medidas destinadas a establecer el mercado interior o a garantizar su*

⁴⁰ Sobre la influencia que el nuevo Derecho de la contratación ha tenido en la *Gesetz zur modernisierung des Schuldrechts* de 29 de noviembre de 2002, *vid.*, entre otros: EBERS, M., «La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002», *Anuario de Derecho Civil*, 2003, pp. 1575 a 1608 y «Principales Instituciones en el Derecho Civil de las obligaciones en Alemania tras la reforma del BGB», en AA. VV., *El Derecho Civil a 200 años del Código de Napoleón. El Derecho Español y Europeo*, Tomo I, (coordinadores. Jorge Luis Collantes González y Fernando Serrano Migallón), Porrúa, México 2005, pp. 27 a 60; INFANTE RUIZ, F.J., «Apuntes sobre la reforma alemana del Derecho de Obligaciones: la necesitada modernización del derecho de obligaciones y la gran solución», *Revista de Derecho Privado*, 2002, pp. 153 a 171 y LAMARCA MARQUÈS, A., «La modernización del derecho alemán de obligaciones: la reforma del BGB», *Indret Barcelona Abril de 2001*, (w.w.w.indret.com), pp. 1 a 10.

⁴¹ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOCE C 83, de 30 de marzo de 2010).

funcionamiento, de conformidad con las disposiciones pertinentes de los Tratados. 2. El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados. 3. El Consejo, a propuesta de la Comisión, definirá las orientaciones y condiciones necesarias para asegurar un progreso equilibrado en el conjunto de los sectores considerados». Para poder llevar a la práctica estos objetivos, el párrafo primero de su artículo 114 dispone que «salvo que los Tratados dispongan otra cosa, se aplicarán las disposiciones siguientes para la consecución de los objetivos enunciados en el artículo 26. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior».

Afirmada su competencia en la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros con el objetivo de facilitar el mercado interior, y con ello, el intercambio de bienes y servicios, en los dos epígrafes siguientes, vamos a analizar:

- Por una parte, cuál ha sido la actividad normativa que ha desarrollado en relación al Derecho de las obligaciones y contratos, centrada ésta fundamentalmente en materia de consumo, lo que ha producido la consolidación de lo que se denomina “acervo comunitario de derecho privado”⁴²; y cuáles han sido las deficiencias detectadas que han obligado a la búsqueda de otras alternativas.

- Y de otra, cómo desde finales de la década de los 80 las Instituciones Comunitarias, conscientes de que las innumerables Directivas dictadas no habían logrado un grado de armonización satisfactorio, han impulsado el

⁴² Sobre el concepto de acervo comunitario, *vid.*, con detalle, Guido ALPA, «Derecho privado europeo: bases establecidas y planes de acción», *Revista de Derecho Privado*, Marzo-Abril 2003, pp. 224 y ss.

debate sobre la necesidad de encontrar otras vías más adecuadas para conseguir la unificación del Derecho Privado Europeo. Este proceso de construcción ha contado con la inestimable ayuda, en el ámbito académico y universitario, de diferentes grupos de juristas, que con mayor o menor intensidad y éxito, han trabajado en la elaboración de textos de principios o reglas que sin lugar a dudas han complementado los impulsos de las instituciones comunitarias. Por ello, abordaremos el estudio del cronograma de la actividad comunitaria y de los distintos círculos académicos, con especial atención, por ser el objeto de este trabajo, en la Comisión de Derecho Contractual Europeo o “Comisión Lando”.

3.2. Las insuficiencias del Derecho Comunitario como instrumento de aproximación de las legislaciones de los Estados de la Unión Europea

Para aproximar las legislaciones de los Estados Miembros, la Unión Europea dispone de una serie de fuentes legislativas, tales como Directivas, Reglamentos⁴³, Recomendaciones⁴⁴ y Convenios entre sus Estados. Hasta

⁴³ En menor medida que las Directivas, también ha dictado la Unión Europea Reglamentos, que tienen «un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro» (art. 288.2º TFUE). Mediante estos Reglamentos se ha posibilitado la constitución de entidades tales como la Sociedad Anónima Europea y la Agrupación de Interés Económico Europea. Señala OLIVA BLÁZQUEZ, F., que «también se han empleado para configurar un régimen jurídico uniforme, como en materia de responsabilidad de las compañías aéreas (1997), o el Reglamento 1347/2000, de 29 de mayo, del Consejo, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes (LCEur 2000, 1558)», *Proyecto de investigación...*, op. cit., nota al pie núm. 23, p. 40. El creciente empleo de los Reglamentos lo justifica CÁMARA LAPUENTE, S., en que «tras la formulación del art. 100.A por el Tratado de Maastricht (actual art. 95 TCE), que en sus “medidas” incluye tanto Directivas como Reglamentos está cobrando una nueva importancia en la uniformización de varios ámbitos del Derecho privado. De hecho, en la actualidad, junto con la armonización vía Directivas, convive una auténtica uniformización a través de Reglamentos que, entre otras cuestiones, crean nuevas instituciones jurídicas europeas, que conviven con las instituciones nacionales armonizadas», «Un derecho privado o un Código Civil para Europa: planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace», en AA. VV., *Derecho Privado Europeo*, (coordinado por Sergio Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2003, p. 54.

⁴⁴ Las Recomendaciones, al igual que los Dictámenes, no resultan vinculantes para los Estados (art. 288.5º TFUE).

ahora el papel protagónico lo han tenido las Directivas, que en virtud del párrafo tercero del artículo 288 «obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios»⁴⁵.

La frenética labor legislativa de la Unión Europea ha consolidado lo que se ha denominado “acervo comunitario de Derecho Privado”, integrado principalmente por las Directivas y en menor medida por los Reglamentos⁴⁶, que abarcan las más variadas cuestiones relativas al Derecho de la persona, Derecho de las obligaciones y de los contratos, Derecho de daños, Derecho de la propiedad intelectual y garantías reales mobiliarias, que configuran un verdadero Derecho civil comunitario.

Respecto a lo que aquí nos interesa, el Derecho de obligaciones y contratos, la principal preocupación de las Instituciones Comunitarias ha sido ofrecer un adecuado ámbito de protección al consumidor europeo⁴⁷. Se persigue dotar al consumidor de un ámbito de protección mínimo con el objeto de equilibrar la situación de desigualdad o debilidad en la que se encuentra situado en el momento de celebrar contratos, y así propiciar, lo que en la práctica no siempre es posible, una situación de igualdad y equilibrio entre las partes. El interés de la Unión Europea por el consumidor se refleja claramente,

⁴⁵ En relación a la obligatoriedad de transposición de las Directivas, indica OLIVA BLÁZQUEZ, F., que «hay que tener en cuenta que existen una serie de mecanismos de eficacia e imposición del Derecho comunitario que coadyuvan a la consecución del objetivo de la armonización, como la eficacia directa vertical de las Directivas, la responsabilidad del Estado derivada del incumplimiento de la obligación de transponer las Directivas o por transposición defectuosa, o el principio de interpretación del Derecho nacional conforme al Derecho comunitario», *Proyecto de investigación...*, op. cit., pp. 40 y 41.

⁴⁶ En materia de consumo debe destacarse el Reglamento núm. 261/2004 que establece normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en los supuestos de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos.

⁴⁷ Vid. en relación a la protección comunitaria de los consumidores, entre otros: ESTEBAN DE LA ROSA, F., *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Comares, Granada, 2003; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Derecho comunitario y protección de los consumidores. Introducción jurídica a una política comunitaria*, Actualidad Editorial, Madrid, 1990 y ROMERO GARCÍA-MORA, G., *Perspectivas para el consumidor ante el Derecho europeo de contratos*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 2003.

no teniendo atribuido expresamente en sus Tratados constitutivos competencias en relación al Derecho privado, en la expresa reserva de competencia en relación a la protección de los consumidores. En este sentido, indica CÁMARA LAPUENTE que «la reserva de competencia expresa en materia de protección de los consumidores (arts. 153 y 95.3 TCE) a partir de Maastricht ha supuesto una potenciación de esta normativa, con clara incidencia en las fuentes de las obligaciones, el contenido del contrato y la formación del consentimiento, entre otras materias propias del Derecho de obligaciones. De hecho hasta la fecha ha supuesto el auténtico motor de la armonización indirecta de un Derecho de obligaciones y contratos para la que la UE carece de competencia genérica»⁴⁸. En la actualidad la reserva de competencia expresa de la Unión Europea sobre la protección de los consumidores se recoge en los artículos 169⁴⁹ y 12⁵⁰ (antiguo 153) y 114.3⁵¹ (antiguo 95.3) del TFUE.

La Unión Europea, en cumplimiento de dicha reserva, ha dictado un elevado elenco de Directivas en materia de consumo⁵², siendo las más

⁴⁸ CÁMARA LAPUENTE, S., «Un derecho privado...», *op cit.*, p. 56.

⁴⁹ «1. Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses. 2. La Unión contribuirá a que se alcancen los objetivos a que se refiere el apartado 1 mediante: a) medidas que adopte en virtud del artículo 114 en el marco de la realización del mercado interior; b) medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros. 3. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán las medidas mencionadas en la letra b) del apartado 2. 4. Las medidas que se adopten en virtud del apartado 3 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con los Tratados. Se notificarán a la Comisión».

⁵⁰ «Al definirse y ejecutarse otras políticas y acciones de la Unión se tendrán en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores».

⁵¹ «3. La Comisión, en sus propuestas previstas en el apartado 1 referentes a la aproximación de las legislaciones en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores, se basará en un nivel de protección elevado, teniendo en cuenta especialmente cualquier novedad basada en hechos científicos. En el marco de sus respectivas competencias, el Parlamento Europeo y el Consejo procurarán también alcanzar ese objetivo».

destacadas las relativas a: crédito al consumo⁵³, cláusulas abusivas⁵⁴, protección de los consumidores en materia de contratos a distancia⁵⁵, garantías en la compraventa de bienes de consumo⁵⁶ y comercialización a distancia de servicios financieros⁵⁷. Por último, debe destacarse, la Directiva sobre los derechos de los consumidores⁵⁸.

⁵² Con más detalle *vid.* http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/protection_of_consumers/index_es.htm. Una completa exposición de las Directivas y Reglamentos dictados puede *vid.*, en el Anexo I de la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual Europeo de 11 de julio de 2001 (COM 2001) y más actualizado en MÜLLER-GRAFF, P.C., «EU Directives as a Menas of Private Law Unification», *Towards a European Civil Code*, editors Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Ewoud Hondius, Chantal Mak, Edgar du Perron, Kluwer Law International, fourth edition, The Netherlands, 2011, pp. 165 a 168.

⁵³ Inicialmente regulada por la Directiva 87/102/CEE, del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, referente a la aproximación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (DOCE L 42, de 12 de febrero de 1987, p. 48) que después de varias modificaciones ha sido derogada y sustituida por la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008 (DOCE L 133, de 22 de mayo de 2008, p. 66).

⁵⁴ Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, relativa a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOCE L 95, de 21 de abril de 1993, p. 29).

⁵⁵ Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, referente a la protección de los consumidores en los supuestos de contratos a distancia (DOCE L 144, de 4 de junio de 1997, p. 19).

⁵⁶ Directiva 1999/44/CE, del Parlamento y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, relativa a determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DOCE L 171, de 7 de julio de 1999, p. 12).

⁵⁷ Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, referente a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (DOCE L 271, de 9 de octubre de 2002, p. 16).

⁵⁸ Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOCE L 304, de 22 de noviembre de 2011, p. 64). De dicha Directiva han indicado LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., INFANTE RUIZ, F., que «el cuadro de las directivas comunitarias se ha completado recientemente con uno de los proyectos legislativos más interesantes de los últimos tiempos, con la revisión de algunas de las anteriores directivas, al objeto de dotar de una mayor claridad al Derecho comunitario de contratos...Con la Directiva de derechos de los consumidores se pretende alcanzar una armonización completa, de máximos, de los Derechos estatales en materia de protección de los consumidores de los contratos de consumo», «Tema 1. Los fundamentos actuales del Derecho de obligaciones y contratos», *Derecho Civil Patrimonial I*, AA. VV. (editores Ángel M. López y López y Rosario Valpuesta Fernández y coordinadores Francisco Infante Ruiz y Laura López de la Cruz), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 34.

Con este amplio elenco de Directivas no sólo se pretende garantizar un elevado nivel de protección de los consumidores, sino que también se ha logrado «la consecución de un verdadero Derecho contractual comunitario»⁵⁹. A lo anterior debe unirse el impacto que indirectamente dicho Derecho está teniendo en los Estados Miembros. En este sentido, afirma OLIVA BLÁZQUEZ que «por la vía indirecta de la protección del consumidor se han ido introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico-civil importantes categorías jurídicas relativas a la fase preparatoria del contrato (deberes precontractuales de información), a la formación del contrato (forma escrita y perfección del contrato electrónico), al contenido y eficacia del contrato, a su interpretación, al incumplimiento y a sus consecuencias -destaca el concepto de falta de conformidad (ajeno a nuestro ordenamiento jurídico), a los remedios disponibles por el comprador frente al vendedor por dicha falta de conformidad (que vienen a sustituir los clásicos remedios del saneamiento por vicios ocultos), a la rescisión unilateral y *ad nutum*, o, entre otros muchos, a los contratos conexos»⁶⁰.

No obstante la incesante labor normativa del legislador comunitario, el tiempo ha demostrado que las Directivas, como instrumento normativo para obtener la tan deseada armonización jurídica, presentan una serie de insuficiencias y defectos que les impiden lograr dicho objetivo, que, como afirma CÁMARA LAPUENTE, «arranca de sus propias virtudes frente a otros mecanismos»⁶¹. A las Directivas se les han criticado, entre otras, las siguientes deficiencias⁶²:

⁵⁹ LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., INFANTE RUIZ, F., «Tema 1. Los fundamentos...», *op. cit.*, p. 33.

⁶⁰ OLIVA BLÁZQUEZ, F., *Proyecto de investigación...*, *op. cit.*, pp. 48 y 49.

⁶¹ CÁMARA LAPUENTE, S., «Un derecho privado...», *op. cit.*, p. 54.

⁶² Sobre los diversos problemas que plantean las Directivas como instrumentos legales de armonización jurídica, *vid.*, entre otros: CÁMARA LAPUENTE, S., «Un derecho privado...», *op. cit.*, pp. 54 y 55; CAMPUZANO DÍAZ, B., «¿Hacia un Derecho...», *op. cit.*, pp. 51 y 52; MÜLLER-GRAFF, P.C., «EU Directives as...», *op. cit.*, pp. 160 y 161; OLIVA BLÁZQUEZ, F., *Proyecto de investigación...*, *op. cit.*, pp. 60 y 61 y SÁNCHEZ LORENZO, S., «¿Hacia un código civil europeo?», en AA. VV., *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa*, (editores Sixto Sánchez Lorenzo y Mercedes Moya Escudero), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 386 a 388.

- La fundamental deriva su propia mecánica. Al ser un instrumento que obliga al Estado en cuanto al resultado que debe obtenerse, dejando a los mismos la forma y los medios para implantarla en sus Ordenamientos internos, mediante su transposición, conlleva que las mismas no sean simultáneas, que se produzcan retrasos al no realizarse en los plazos establecidos, e inexactitudes y divergencias entre las formas en la que los diversos Estados realizan la transposición⁶³.

- También se ha afirmado como uno de los grandes problemas que plantean las Directivas, su parcialidad o carácter sectorial. Como la propia Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 11 de julio de 2001 indica, el legislador comunitario «ha seguido un planteamiento de armonización “caso por caso”». Esta fragmentariedad ha llevado a SÁNCHEZ LORENZO a identificar el estado actual del Derecho Privado Comunitario con «un concreto estilo pictórico, el “puntillismo”»⁶⁴.

- La ausencia de un marco general del Derecho Privado Comunitario plantea problemas interpretativos derivados de que las normas comunitarias se interpretan con arreglo a los principios de los Ordenamientos nacionales.

- El empleo de términos imprecisos y abstractos, su poca calidad técnica, regulando algunos aspectos de manera incompleta y superficial, la existencia de incoherencias e incluso contradicciones entre las normas de diversas Directivas.

⁶³ OLIVA BLÁZQUEZ, F., que «hay que tener en cuenta que existen una serie de mecanismos de eficacia e imposición del Derecho comunitario que coadyuvan a la consecución del objetivo de la armonización, como la eficacia directa vertical de las Directivas, la responsabilidad del Estado derivada del incumplimiento de la obligación de transponer la Directivas o por transposición defectuosa, o el principio de interpretación del Derecho nacional conforme al Derecho comunitario», *Proyecto de investigación...*, *op. cit.*, pp. 40 y 41.

⁶⁴ SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho privado...*, *op. cit.*, pp. 164 y 165.

Si bien deben ser reconocidos los esfuerzos realizados por la Unión Europea mediante la consolidación del Derecho Privado Comunitario, las insuficiencias detectadas en las Directivas han generado el debate, no sólo en el seno de las Instituciones Comunitarias sino también en los ámbitos académicos y universitarios, sobre la necesidad de buscar otras alternativas para la unificación del Derecho Privado en Europa.

3.3. Los impulsos del Parlamento Europeo y de la Comisión en el proceso de construcción del Derecho Privado Europeo

3.3.1. Introducción

En los siguientes epígrafes vamos a realizar un recorrido por los impulsos políticos realizados tanto por el Parlamento Europeo, mediante Resoluciones, como por la Comisión, a través de sus Comunicaciones, en pro de la unificación del Derecho Privado Europeo⁶⁵. Estos impulsos cobran una gran importancia, no sólo por reflejar la preocupación de la Unión Europea por

⁶⁵ Sobre los impulsos políticos de las Instituciones Comunitarias, *vid.*, entre otros: ARROYO I AMAYUELAS, E., «La contribución al marco común de referencia de los principios de derecho contractual comunitario», *Derecho Privado Europeo: estado actual y perspectivas de futuro*, (coordinadores M^a del R. Díaz Romero y otros), Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 55 a 78; ARROYO I AMAYUELAS, E., VAQUER ALOY, A., «Un nuevo impulso para el derecho privado europeo», *La Ley*, número 5482, 2002, http://authn.laley.net/hdiario/2002/diario_0214_docl.html, pp. 1 a 18; CÁMARA LAPUENTE, S., «Un derecho privado...», *op. cit.*, pp. 59 a 63; CAMPUZANO DÍAZ, B., «¿Hacia un Derecho...», *op. cit.*, pp. 43 a 45, 54 a 65; COCA PAYERAS, M., «El derecho contractual europeo y la armonización del derecho civil de la Unión», *Principios de Derecho Contractual Europeo y Principios de Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales*, (directores M^a. Pilar Ferrer Vanrell y Anselmo Martínez Cañellas), Dykinson, Madrid, 2009, 36 a 47; GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., «La unificación del derecho civil patrimonial», en AA. VV., *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, tomo I, (coordinadores J. M. González Porras, F.P. Méndez González, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 1795 a 1807; INFANTE RUIZ, F.J., «Entre lo político y lo académico: un *Common Frame of Reference* de derecho privado europeo», *Indret*, 2009, pp. 7 a 12; LEIBLE, S., «¿Qué hacemos con el Marco Común de Referencia?-Alegato a favor de un instrumento opcional», en AA. VV., *Derecho Privado Europeo: estado actual y perspectivas de futuro*, (coordinadores M^a del R. Díaz Romero y otros), Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 225 a 230; MASIDE MIRANDA, J.E., «El futuro Código Civil Europeo de Contratos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LXXX, Julio-Agosto 2004, número 684, pp. 1777 a 1785; VAQUER ALOY, A., «La vocación europea del derecho civil. Reflexiones sobre la oportunidad de un Código civil europeo», *La Ley*, número 5535, 2002, http://authn.laley.net/hdiario/2002/diario_0502_docl.html, pp. 4 y 5.

el ideal unificador, sino porque también han servido de estímulo para los grupos académicos ya involucrados en el problema y para la creación de otros. Como afirma OLIVA BLÁZQUEZ, «por mucho que los proyectos unificadores o armonizadores siempre hayan estado presentes en el espíritu de numerosos juristas e instituciones académicas, la diferencia es que en este momento nuestros gobernantes y representantes comunitarios son proclives a tal idea, lo cual ha de servir de aviso para navegantes “euroescépticos”»⁶⁶.

3.3.2. El papel protagonista del Parlamento Europeo: la Resolución de 26 de mayo de 1989 “sobre un esfuerzo para armonizar el derecho privado de los Estados miembros”

El Parlamento Europeo desde un principio ha asumido un papel de protagonista principal en todo el proceso de construcción del Derecho Privado Europeo. El punto de partida se sitúa en su Resolución de 26 de mayo de 1989⁶⁷, intitulada “sobre un esfuerzo para armonizar el derecho privado de los Estados miembros”, en la que deben destacarse las siguientes reflexiones: *«la Comunidad ha logrado hasta ahora una armonización de muchos temas concretos del Derecho privado, pero no de ramas enteras del mismo»* por lo *«que la cobertura jurídica de temas concretos no resulta suficiente para las necesidades y aspiraciones del mercado único y sin fronteras, en particular tal como se deriva de la aprobación del Acta Única Europea»* y *«considerando que la forma más conveniente de armonización para lograr la cobertura de las necesidades jurídicas de la Comunidad, en el ámbito del Derecho privado, es la unificación de importantes ramas del mismo»*. Por lo que acaba solicitando *«que se dé comienzo a los trabajos de preparación indispensables para la elaboración de un Código europeo común de Derecho privado, y hace un llamamiento a los Estados miembros para que manifiesten, después de las deliberaciones correspondientes, si desean participar en la unificación*

⁶⁶ OLIVA BLÁZQUEZ, F., *Proyecto de investigación...*, op. cit., p. 71.

⁶⁷ DOCE, C 158, de 26 de junio de 1989, pp. 400 y 401, Resolución A2-157/89.

propuesta como objetivo»⁶⁸.

Posteriormente, y ante la no iniciación por la Comisión de los trabajos preparatorios para la redacción de un Código Europeo Común de Derecho Privado, a lo que se le instaba en la anterior Resolución, el Parlamento Europeo vuelve a recordar la cuestión ya planteada, mediante otra Resolución de 6 de mayo de 1994⁶⁹, que bajo la denominación “sobre la armonización de determinados sectores del derecho privado de los Estados miembros”, solicitaba expresamente que comenzaran los trabajos necesarios para la elaboración de dicho Código. También, se realizaba un llamamiento a los Estados miembros *«para que manifiesten, después de las elaboraciones correspondientes, si desean participar en la unificación propuesta como objetivo»*. Además, se considera oportuno *«seguir apoyando los trabajos de armonización del Derecho contractual de la “Commission on European Contract*

⁶⁸ El uso del término “Código” de la Resolución ha sido criticado por MENGONI, L., quien indica que «se dunque intendiamo il termine “codice” in senso stretto e proprio anche nel secondo corno del dilemma, dobbiamo riconoscere che “un codice per l’Europa” non è una alternativa realistica. La risoluzione 26 maggio 1989 del Parlamento europeo, che ha chiesto l’avvio de i lavori preparatori per l’elaborazione di un “codice europeo comune del diritto privato”, non é stata sufficientemente meditata, come dimostrano la scarna relazione e le ambiguità dell’oscillante terminologia. Il titolo della risoluzione, che prospetta una azione di ravvicinamento del diritto privato degli Stati membri, e i primi tre “considerando” indicano lo scopo di allargare gli interventi di armonizzazione a “interi settori” del diritto privato, mentre le direttive comunitarie si sono finora limitate a singole materie o singoli problemi, pur con forte incidenza sugli assetti del diritto privato negli Stati membri. L’armonizzazione é una forma di unificazione del diritto più debole perche preserva l’individualità delle norme armonizzate modificandole soltanto nella misura necessaria al conseguimento di un risultato sostanzialmente eguale. Ma nel “considerando” E si abbandona il termine armonizzazione e si parla di unificazione del diritto nel senso -esplicitato nel “considerando” G- di codificazione secondo il modello, richiamato nella relazione, del progetto italo-francese di un codice delle obbligazioni e dei contratti, destinato a sostituire per questa parte i codici nazionali. L’ambiguità della risoluzione è imputabile alla mancata distinzione dei livelli ai quali può prospettarsi la formazione di un diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti o almeno di un corpo comune di principi generali in questo settore del diritto privato», «L’Europa dei Codici o un Codice per L’Europa», *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1992, pp. 517 y 518. En el mismo sentido INFANTE RUIZ, F.J., señala que «se ha motejado la expresión como ambigua en el contexto de esta resolución, donde los términos no se utilizan en un sentido estricto y se habla indistintamente de “armonía” y “unificar”, de modo, que probablemente no se esté refiriendo al concepto histórico de código», «Entre lo político...», *op. cit.*, p. 7.

⁶⁹ DOCE, C 205, de 25 de julio de 1994, p. 508, Resolución A3-0329/94.

Law”, más conocida como “*Commission Lando*”»⁷⁰.

Ambas Resoluciones son claro reflejo del entusiasmo del Parlamento por la vía codificadora como instrumento legal para la unificación. Su insistencia en instar la construcción de un Derecho Privado Europeo, ha hecho a OLIVA BLÁZQUEZ afirmar «que ha sido su motor esencial y la institución más entusiasta y proclive a la tarea de la unificación jurídica a través del instrumento legal de los códigos»⁷¹.

3.3.3. La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento de 11 de julio de 2001 “sobre Derecho contractual europeo”

Hasta el momento, los deseos del Parlamento instando el comienzo de los trabajos indispensables para la elaboración de un Código Europeo habían suscitado escaso interés en las demás Instituciones Comunitarias, fundamentalmente en la Comisión. Un punto de inflexión se produce, respecto al interés político, en la sesión especial del Consejo Europeo celebrado en Tampere (Finlandia) los días 15 y 16 de octubre de 1999, referente a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, reclamando una “mayor convergencia en Derecho civil” (apartado VII), incluyendo en sus conclusiones, concretamente en la número 39, que *«por lo que respecta al Derecho material, se requiere un estudio global de la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil para eliminar los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles. El Consejo debería informar antes de finales de 2001»*⁷².

⁷⁰ De ambas Resoluciones ha afirmado VAQUER ALOY, A., que «por lo menos en España, pasaron prácticamente desapercibidas, y parecía que su efecto se limitaba a actuar como estímulo de la doctrina que en países como Alemania, Italia, Holanda o la misma Gran Bretaña se tomaron seriamente...la idea de la unificación jurídica en el seno de la Unión Europea», «La vocación europea...», *op. cit.*, p. 4.

⁷¹ OLIVA BLÁZQUEZ, F., *Proyecto de investigación...*, *op. cit.*, p. 71.

⁷² Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Tampere, Boletín de la Unión Europea, 1999, 10, pp. 7 a 14. Consultar también en <http://europa.eu.int/council/off/>

Las demandas del Consejo de Tampere sí obtuvieron respuesta, mediante la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo “sobre Derecho contractual europeo”, publicada el día 11 de julio de 2001⁷³, en la que señala que «desea recopilar información sobre la necesidad de una acción comunitaria de mayor alcance en el ámbito del Derecho contractual, en la medida en que el planteamiento individualizado (caso por caso) podría no resolver todos los problemas que pudieran surgir» y ello con el propósito de «ampliar el debate sobre el Derecho contractual europeo entre el Parlamento Europeo, el Consejo y otros interesados, como empresas, profesionales de la justicia, académicos y grupos de consumidores». La Comisión, una vez que resume el estado actual del derecho contractual, plantea cuatro opciones en relación a la política que debería seguir respecto a la armonización, sin que las mismas tengan carácter limitativo. Las cuatro opciones son las siguientes:

- Opción I. La no actuación de la Comunidad Europea. Ello supone dejar en manos del mercado la labor de aproximación del Derecho de los contratos, de forma que sea el propio mercado el que autorregule las soluciones de los conflictos. En este sentido señala la Comunicación que *«el mercado crea con frecuencia problemas de interés público, pero desarrolla también sus propias soluciones. No se debería subestimar la eficacia del mercado para responder a los distintos valores sociales y a la opinión pública. A resultas del comportamiento competitivo, muchos de los problemas generados por el mercado se pueden resolver automáticamente gracias a la presión que ejercen los grupos de interés afectados (consumidores, ONG, empresas)»*⁷⁴.

conclu/oct99/oct99/_es.htm. Sobre la importancia desde el punto de vista político del Consejo Europeo de Tampere, *vid.*, CAMPUZANO DÍAZ, B., «¿Hacia un Derecho...», *op. cit.*, p. 44; GALLEGU DOMÍNGUEZ, I., «La unificación del...», *op. cit.*, p. 1796 y VAQUER ALOY, A., «La vocación europea...», *op. cit.*, p. 4.

⁷³ COM (2001) 398 final, en DOCE, C 255, de 13 de septiembre de 2001. También puede consultarse en DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 407 a 495. En nuestra doctrina han realizado interesantes estudios sobre la Comunicación: ARROYO I AMAYUELAS, E., VAQUER ALOY, A., «Un nuevo impulso...», *op. cit.*, pp. 4 a 6; CAMPUZANO DÍAZ, B., «¿Hacia un Derecho...», *op. cit.*, pp. 54 a 65; COCA PAYERAS, M., «El derecho contractual...», *op. cit.*, pp. 37 a 41; MASIDE MIRANDA, J.E., «El futuro Código...», *op. cit.*, pp. 1782 a 1784 y OLIVA BLÁZQUEZ, F., *Proyecto de investigación...*, *op. cit.*, pp. 73 a 76.

- Opción II. El fomento de la definición de principios comunes de Derecho Contractual para reforzar la convergencia de las leyes nacionales. Esta opción requeriría una investigación en materia de Derecho comparado, con el objetivo de elaborar unos principios, de modo similar a los ya redactados por la "Comisión Lando" (*soft law*), que fueran de aplicación voluntaria y resultaran un instrumento útil para la elaboración de contratos y una guía para la resolución de conflictos por los tribunales nacionales y las instancias arbitrales, e incluso para la labor modernizadora de los Ordenamientos internos por parte de los legisladores nacionales⁷⁵. Como señala OLIVA BLÁZQUEZ «esta ha sido la opción con más acogida, exceptuando a las asociaciones de consumidores y usuarios, que consideran que la legislación de consumo debe

⁷⁴ En relación a la primera opción, señala COCA PAYERAS, M., que «en la fase de consulta, sólo de uno de los gobiernos, el Británico, consideró que el mercado ofrecía un amplio margen para buscar soluciones a posibles problemas. Por su parte, la *Law Society of England and Wales*, entendió que en determinados tipos de transacciones no era conveniente la intervención legislativa. Y la *Society of Public Teachers of Law if United Kingdom and Ireland*, fue la única voz de entre los profesores de Derecho que apoyó esa opción I en el contexto de los contratos comerciales. Tanto la Comisión Lando como el Grupo de Von Bar, se opusieron a esa opción, sosteniendo que el Derecho Internacional Privado no ofrece soluciones adecuadas», «El derecho contractual...», *op. cit.*, p. 38.

⁷⁵ Respecto a esta segunda opción, indica CAMPUZANO DÍAZ, B., que «la promoción de unos principios europeos sin carácter vinculante tiene además la ventaja de que es algo que no suscita gran oposición. Muchas de las respuestas enviadas a la Comunicación se muestran favorables a la elaboración de los mencionados principios, aunque en algunos casos difieren en cuanto al objetivo a conseguir con los mismos... El gobierno británico se mostraba partidario de la Opción I, pero no se opone e incluso considera oportuno que se identifiquen una serie de principios comunes, útiles por ejemplo para los tribunales a la hora de aplicar el derecho extranjero, siempre que con ellos no se pretenda una mayor convergencia de los derechos nacionales. En otra línea se sitúa el gobierno portugués, que apoya igualmente su elaboración para que los contratantes tengan la oportunidad de someterse voluntariamente a ellos, añadiendo que constituyen un paso obligado en el caso de que se pretenda una mayor armonización -Opción IV-. Entre los juristas, C. VON BAR y O. LANDO señalan que la elaboración de una serie de principios comunes constituye un paso esencial en la actuación por etapas que proponen de cara a la elaboración y aceptación de un futuro Código Civil común. Pero otros defienden posturas más moderadas, R GOODE por ejemplo está igualmente a favor de su elaboración, a fin de que las partes puedan someterse voluntariamente a ellos, y añade a este respecto que debería modificarse el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 de modo que fuera posible su elección, pero en contra de que lleguen a sustituir con el tiempo a los derechos nacionales. En el ámbito empresarial la verdad es que no se ha mostrado gran entusiasmo. Y las asociaciones de consumidores vuelven a oponerse, alegando en este caso que la normativa aplicable a su sector debe tener fundamentalmente carácter imperativo, y que la formulación de una serie de principios con carácter voluntario no se ajusta a sus necesidades», «¿Hacia un Derecho...», *op. cit.*, pp. 58 y 59. *Vid.*, también COCA PAYERAS, M., «El derecho contractual...», *op. cit.*, pp. 38 y 39.

ser imperativa, por lo que la formulación de principios de aplicación voluntaria no les parece adecuada»⁷⁶.

- Opción III. La mejora de la calidad de la legislación ya en vigor. Esta opción parte de la adopción de una serie de medidas tendentes a mejorar la legislación comunitaria existente, subsanando las aporías detectadas y los vacíos normativos, para establecer una normativa más coherente y clara e incluso mejores formas de control sobre la transposición de las Directivas. Como indica CAMPUZANO DÍAZ «se propone el desarrollo de acciones, ya en curso, de consolidación, codificación, refundición o simplificación de instrumentos existentes, orientadas a la transparencia y claridad; una revisión de su redacción, en aras de una mayor coherencia en la presentación y terminología; y también, una evaluación de los defectos de la legislación comunitaria, para proceder a su modificación en caso necesario»⁷⁷. Esta opción también ha sido bien acogida, sobre todo porque, como indica GALLEGO DOMÍNGUEZ, «no está en contradicción con la opción segunda, ni con la cuarta, contemplándose a veces como una etapa hacia la opción cuarta»⁷⁸.

- Opción IV. La adopción de nueva legislación exhaustiva a nivel comunitario. Ésta plantea la cuestión de elaborar un nuevo instrumento en materia contractual a nivel comunitario, presentando el problema de determinar su grado de vinculación, ya que la propia Comunicación indica que podría adoptar la forma de Directiva, Reglamento o Recomendación. Respecto a su naturaleza vinculante se cuestiona la posibilidad de que se trate de un modelo opcional, o de aplicación automática, salvo pacto en contrario, e, incluso, aplicación imperativa, llegando a sustituir la normativa nacional vigente⁷⁹.

⁷⁶ OLIVA BLÁZQUEZ, F., *Proyecto de investigación...*, *op. cit.*, p. 75.

⁷⁷ CAMPUZANO DÍAZ, B., «¿Hacia un Derecho...», *op. cit.*, p. 59.

⁷⁸ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., «La unificación del...», *op. cit.*, p. 1798. En este sentido también afirma COCA PAYERAS, M., que «la presente opción III, fue apoyada por los gobiernos, en algunos casos como un tránsito a la opción IV (Italia, Portugal y Polonia), así como por organizaciones empresariales, de consumidores y profesionales de justicia», «El derecho contractual...», *op. cit.*, p. 40.

Como afirman ARROYO I AMAYUELAS y VAQUER ALOY, «más que una consulta, la Comisión realiza una investigación sobre el Derecho privado europeo que desea ver ampliada -y en su caso, refrendada- con comentarios»⁸⁰. La Comisión recibió contestaciones y comentarios de forma abrumadora por parte de instituciones y organismos de toda clase (representantes de los gobiernos, empresas, asociaciones de consumidores y profesionales del derecho), debiendo destacarse las aportaciones de los diferentes grupos universitarios y académicos⁸¹. De las respuestas se extrae que la opción I debe descartarse por los riesgos que supone, principalmente para los consumidores, dejar al mercado la labor de aproximación de las legislaciones. Existe cierto consenso en que las opciones II y III son las más adecuadas y realistas, por lo menos en los tiempos actuales, para alcanzar un cierto grado de armonización. La opción IV no se descarta, pero con vistas a un futuro, y siempre que los resultados que ofrezcan las soluciones intermedias de

⁷⁹ La opción cuarta ha sido rechazada por considerarse que resulta excesiva y desproporcionada e incluso demasiado idealista para el momento. Sobre las opiniones que ha recibido esta opción, *vid.*, entre otros: CAMPUZANO DÍAZ, B., «¿Hacia un Derecho...», *op. cit.*, pp. 62 y 63; COCA PAYERAS, M., «El derecho contractual...», *op. cit.*, p. 40 y GALLEGU DOMÍNGUEZ, I., «La unificación del...», *op. cit.*, pp. 1798 y 1799.

⁸⁰ ARROYO I AMAYUELAS, E., VAQUER ALOY, A., «Un nuevo impulso...», *op. cit.*, p. 5.

⁸¹ Consultar el extenso sumario de todas las respuestas a la Comunicación en «Respuestas a la Comunicación sobre derecho contractual europeo», en http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/summaries/sum_es.pdf. A nivel de los grupos académicos se deben destacar la respuesta conjunta de la Comisión de Derecho Contractual Europeo y del Grupo de Estudios del Código Civil Europeo, en LANDO, O., VON BAR, C., SWANN, S., «Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code», *European Review of Private Law*, 10/2, 2002, pp. 183 a 248, y la del Grupo de Pavía. En la doctrina española fueron diez las respuestas a la Comunicación, si bien en la página http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/coments/academics_en.htm, sólo pueden consultarse las respuestas de CÁMARA LAPUENTE, LETE ACHIRICA Y GARCÍA RUBIO, MARTÍNEZ DE AGUIRRE y la de QUIÑONES ESCÁMEZ. Entre los abundantes trabajos que abordan las respuestas a la Comunicación, pueden consultarse, entre otros: CAMPUZANO DÍAZ, B., «¿Hacia un Derecho...», *op. cit.*, pp. 54 a 65; LEIBLE, S., «Die Mitteilung der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht-Starschuss für ein Europäisches Vertragsgesetzbutch?», *Europäisches Wirtschafts-und Steuerrecht* 10, pp. 471 a 481 y PARRA LUCÁN, M^a.A., «Apuntes sobre la unificación del Derecho privado en Europa: ¿Es posible un Código civil europeo», *Actualidad Jurídica* 3/2002, pp. 1163 a 1176.

las opciones II y III, resulten esperanzadoras de que un futuro Código civil europeo pueda consolidarse⁸².

3.3.4. La Resolución del Parlamento Europeo “sobre la aproximación del Derecho Civil y Mercantil de los Estados miembros”, de 15 de noviembre de 2001

El Parlamento Europeo dictó, en respuesta a la anterior Comunicación de la Comisión, una Resolución “sobre aproximación del Derecho Civil y Mercantil de los Estados miembros” el 15 de noviembre de 2001⁸³, en la que se pueden distinguir cuatro partes:

- En la primera, realiza una serie de consideraciones preliminares en las que afirma que *«la tradición jurídica de los pueblos de Europa presenta, en último término, más coincidencias que divergencias»*, si bien no es ajeno a *«que el debate sobre la armonización a gran escala del derecho civil básico de los Estados miembros es un tema delicado y con gran carga política»*. Finalmente indica que *«el mercado interior creado por la Unión Europea es un éxito desde el punto de vista económico... y que la realización progresiva del mercado interior conduce a interconexiones económicas nuevas y más estrechas»*, y que no obstante lo anterior, *«las vinculaciones jurídicas con alcance transfronterizo siguen constituyendo la excepción»*.

- En sus párrafos segundo y tercero reconoce que el amplio número de Directivas, Reglamentos y Convenios, así como su falta de coordinación, no han dado los frutos esperados. Además, indica que la constante ampliación de

⁸² Sobre las conclusiones extraídas de las contestaciones y comentarios a la Comunicación se pueden consultar: ARROYO I AMAYUELAS, E., VAQUER ALOY, A., «Un nuevo impulso...», *op. cit.*, pp. 5 y 6; CAMPUZANO DÍAZ, B., «¿Hacia un Derecho...», *op. cit.*, p. 64 y GALLEGU DOMÍNGUEZ, I., «La unificación del...», *op. cit.*, pp. 1798 y 1799.

⁸³ COM (2001) 398, C5-407/2001-2001/2187 (COS), DOCE C 140 E, de 13 de junio 2002, pp. 538 a 542. Consultar en www.europarl.eu.int/plenary/default_en.htm.

los Estados miembros de la Unión hará más patente aún las dificultades para garantizar una aplicación unificada del Derecho europeo.

- Continúa realizando una valoración de la evolución futura, ya que el aumento del comercio electrónico y la introducción del euro fomentarán de forma considerable las relaciones jurídicas transfronterizas, y por ello «subraya la necesidad de proseguir la armonización del derecho de obligaciones con el fin de facilitar las transacciones transfronterizas en el mercado interior».

- Por último, realiza una serie de consideraciones en referencia a la Comunicación de la Comisión de 11 de julio de 2001, a la que critica que haya limitado el ámbito de la posible unificación al Derecho contractual, dejando extramuros de la Comunicación las cuestiones relativas al Derecho de familia y al laboral, cuando el Consejo de Tampere permitía mayores posibilidades. También sugiere que la armonización no sólo debe limitarse al Derecho de los contratos, sino que debe extenderse al Derecho de obligaciones y a los Derechos reales. En este sentido indica que *«los problemas que se registran en la actualidad con la celebración, la ejecución y la resolución de los contratos no pueden solucionarse sin abordar cuestiones relacionadas con los requisitos formales generales o con las disposiciones legales relativas a la responsabilidad extracontractual, el enriquecimiento sin causa o los derechos reales»*. El aspecto más ambicioso de la Resolución es que el Parlamento le pide a la Comisión que, después de una profunda consulta científica, elabore un Plan de Acción en el proceso de armonización del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros; incluso propone a la Comisión el calendario para el Plan de Acción⁸⁴.

⁸⁴ Los diez hitos o fases que se establecen en el Plan de Acción lo resumen ARROYO I AMAYUELAS, E., VAQUER ALOY, A., de la siguiente forma: «a) Hasta finales de 2004, compilar en una base de datos en todas las lenguas de la UE la legislación y la jurisprudencia nacionales relativas al Derecho contractual y promover los estudios de Derecho comparado y la cooperación académica y profesional. b) Presentación de informes al Parlamento Europeo sobre los progresos en los estudios de Derecho comparado. c) Hasta finales de 2004, y tras una profunda consulta científica, elaborar propuestas legislativas con vistas a la consolidación de las directivas en vigor. Esta es una propuesta que ya se contenía en el documento de trabajo sobre el acercamiento del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros (ponente Sr. LEHNE) y al que apunta también el *Libro verde sobre la protección de los consumidores en la*

Deben destacarse, por último, dos cuestiones que también aborda la Resolución:

- Hemos afirmado cómo el Parlamento en sus Resoluciones de 1989 y 1994 se había manifestado a favor de que la unificación jurídica se realizara a través de un Código (en reiteradas ocasiones habla de la elaboración de un Código Europeo Común de Derecho Privado); sin embargo, en la Resolución que venimos comentando, el Parlamento -tal vez consciente de que las Opciones II y III de la Comunicación de 2001 han sido las que han recibido mejor acogida en las contestaciones y comentarios-, ha suavizado o matizado su objetivo codificador, por lo menos a corto o medio plazo, y habla de un *«Derecho optativo»*, *«posibles soluciones y conceptos jurídicos comunes sobre el Derecho contractual»*, *«la utilización de los principios jurídicos y de la terminología jurídica comunes referente a las relaciones contractuales»* y, finalmente, manifiesta su deseo de elaborar *«un corpus de reglas»* (*body of rules*). El Parlamento parece que, por lo menos hasta el año 2001, está pensando en la elaboración de un sistema de *soft law*, sin hacer referencia en ningún momento a un código, sin que tampoco lo excluya, puesto que la

Unión Europea. d) Hasta finales de 2004, examinar si existe la necesidad de nueva normativa comunitaria para garantizar el funcionamiento del mercado interior, teniendo en cuenta el previsto aumento del comercio electrónico. e) A principios de 2005, la publicación de los análisis comparativos y de los conceptos jurídicos comunes formulados. f) A partir de 2005, fomento de los análisis y de los conceptos jurídicos comunes en el marco de la formación académica y de los planes de estudio universitarios, así como su difusión entre los círculos académicos y profesionales. La Resolución admite, pues, una actuación que hace tiempo que la doctrina especializada viene reclamando: la enseñanza del Derecho mediante la incorporación a los planes de estudio de asignaturas dotadas de un espíritu comparativista y transnacional, con el fin de formar juristas verdaderamente europeos. g) A partir de 2005, utilización de esos conceptos y de una terminología común por todas las instituciones de la UE que participan en los procedimientos legislativos. h) A partir de 2006, legislación europea que prescriba la utilización de los principios y de la terminología comunes en las relaciones contractuales transfronterizas. i) A principios de 2008, verificación de los resultados prácticos obtenidos en el uso de los principios jurídicos y la terminología jurídica comunes y de la necesidad de disposiciones uniformes europeas al respecto. j) A partir de 2010, elaboración de un *corpus* de reglas sobre el Derecho contractual de la UE», «Un nuevo impulso...», *op. cit.*, p. 8. Sobre el Plan de Acción, *vid.* también entre otros: COCA PAYERAS, M., «El derecho contractual...», *op. cit.*, pp. 41 y 42 y GALLEGU DOMÍNGUEZ, I., «La unificación del...», *op. cit.*, pp. 1799 a 1801.

expresión “un cuerpo de reglas” es lo suficientemente ambigua y flexible como para también abarcarlo⁸⁵.

- En el párrafo quince, el Parlamento insta la creación de un Instituto Jurídico Europeo, cuya función sería el asesoramiento y la realización de propuestas sobre el proceso de armonización del Derecho privado de la Unión Europea. Además, señala la necesidad de implicar a una serie de grupos de trabajo e instituciones que vienen desarrollando interesantes trabajos en la materia para que asesoren a la Comisión⁸⁶.

Tanto de las Resoluciones del Parlamento como de la Comunicación de la Comisión ya analizados y de las posteriores Comunicaciones, se aprecia que ambas Instituciones Comunitarias han formado una perfecta pareja de baile en todo el proceso de armonización. Los papeles que cada uno adopta están claramente definidos: el Parlamento, es el ideólogo, establece el camino a seguir, y la Comisión los va ejecutando. En definitiva, el Parlamento es el alma del proceso, y la Comisión, el cuerpo que lleva a cabo el proceso.

Debe indicarse que también han existido otros organismos comunitarios que, aunque con menor transcendencia, también han intervenido en el proceso de armonización. En este sentido deben reseñarse:

- El “Informe sobre la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en material civil”⁸⁷, emitido por el Consejo de Justicia,

⁸⁵ Sobre la atenuación de la idea de un código a la de un cuerpo de reglas o *restatement*, *vid.*, entre otros: ARROYO I AMAYUELAS, E., VAQUER ALOY, A., «Un nuevo impulso...», *op. cit.*, pp. 9 y 10; COCA PAYERAS, M., «El derecho contractual...», *op. cit.*, p. 41 y GALLEGU DOMÍNGUEZ, I., «La unificación del...», *op. cit.*, p. 1801.

⁸⁶ Cita expresamente a los siguientes grupos e instituciones: «*Comisión sobre Derecho contractual europeo, Holte. Grupo de estudio sobre un Código civil europeo, Osnabrück. Academia Europea de Especialistas en Derecho privado, Pavía. Instituto Universitario Europeo, Florencia. Academia Europea de Derecho, Tréveris. Colegio de abogados nacionales y organismos encargados de las reformas jurídicas en los Estados miembros*».

⁸⁷ *Vid.*, sobre el Informe: COCA PAYERAS, M., «El derecho contractual...», *op. cit.*, p. 1785 y GALLEGU DOMÍNGUEZ, I., «La unificación del...», *op. cit.*, p. 1801.

Asuntos de Interior y Protección Civil de la Unión Europea, el día 16 de noviembre de 2001⁸⁸, en el que se insta a la Comisión a que realice un análisis de los resultados de la consulta y lo comunique en forma de Libro Blanco o Verde⁸⁹ antes de finales de 2002, acompañado de comentarios, observaciones y de las recomendaciones que considere oportunas⁹⁰.

- El “Dictamen sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento sobre Derecho Contractual Europeo” dictado por el Comité Económico y Social Europeo, el día 17 de julio de 2002⁹¹, se decanta a favor del desarrollo por vía reglamentaria del Derecho de los contratos, en un primer momento, como instrumento opcional para las partes (*opt-in solution*), con el objeto de que posteriormente pueda convertirse en un Derecho común o instrumento común, aplicable salvo que las partes dispongan lo contrario (*opt-out solution*)⁹².

⁸⁸ http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/jha/DOC.68693.htm.

⁸⁹ Como indica GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., «los Libros verdes son documentos de reflexión publicados por la Comisión sobre ámbitos o materias determinadas, que tienen la finalidad de iniciar un proceso de debate y de consulta de las partes interesadas. Los Libros blancos son documentos que recogen un conjunto oficial de propuestas de acción comunitaria en materia o ámbitos concretos y una guía para su consecución. A veces los Libros blancos encuentran un antecedente en un precio Libro verde», «La unificación del...», *op. cit.*, nota al pie núm. 43, p. 1801.

⁹⁰ Aunque el Informe se centra principalmente en el Derecho de los contratos, también hace referencia a otros ámbitos del Derecho privado: «d) invita a la Comisión a realizar un estudio a fin de examinar si las diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros, en materia de responsabilidad extracontractual y Derecho de bienes, constituyen obstáculos concretos al buen funcionamiento del mercado interior; e) entiende que el principio de la libre circulación de personas supone que, a la vista de la legislación y la jurisprudencia comunitarias, el ciudadano europeo no debe sólo considerarse en su mera dimensión económica sino también en sus dimensiones personal y familiar; f) desea invitar a la Comisión a que emprenda un estudio que permita determinar las divergencias entre los Derechos nacionales que, en materia de Derecho de familia, puedan menoscabar el principio de libre circulación de personas, y a que comunique los resultados al Consejo a más tardar el 30 de junio de 2003».

⁹¹ DOCE, C241, de 7 de octubre de 2002.

⁹² Concretamente, en el Dictamen se realizan las siguientes observaciones: «3.1 Como consecuencia de la mundialización, afrontamos el desarrollo de un «soft law» y de mecanismos de solución de diferencias esencialmente privados, ante todo entre empresas, pero también, a veces, entre empresas y Estados en materia de contratos económicos internacionales. La Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías ofrece un marco suplementario dentro de una realidad jurídica dominada por la

3.3.5. La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “sobre un Derecho Contractual Europeo más coherente. Plan de Acción”, de 12 de febrero de 2003

Otro de los grandes impulsos realizados por las Instituciones Comunitarias lo constituye la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “sobre un Derecho Contractual Europeo más coherente.

«voluntad de las partes» (que puede expresar en la práctica un equilibrio de fuerzas en el mercado). 3.2. Los contratantes, que asumen funciones de legislador, por supuesto dentro de los límites del efecto relativo de los contratos, también pueden escoger juez (normalmente, un árbitro, de naturaleza cuasi judicial, que puede administrar justicia, y, con menos frecuencia, recurrir a un juez investido de soberanía nacional que podría dictar una decisión ejecutoria con posibles sanciones). Estas tendencias, ampliamente reglamentadas de manera no vinculante por la CCI, afectan sobre todo a las empresas transnacionales y están vinculadas a la nueva división internacional del trabajo y al desarrollo de los intercambios, pero afectan también cada vez con mayor frecuencia a medianas empresas en algunos sectores económicos (finanzas internacionales, servicios relacionados con las nuevas tecnologías, arbitraje internacional, consultoría internacional, etc.). 3.3. Los valores morales y sociales de un país determinado ya no tienen cabida en el derecho de referencia ni en el derecho suplementario. Tienden a ceder terreno ante los principios, más universales pero menos vinculados a una cultura o a una sociedad particulares, de la buena fe y de cooperación en la ejecución de los contratos que solamente interesan a las partes, en una perspectiva más individualista y autónoma. Los principios comunitarios del Derecho contractual elaborados por la comisión ad hoc no se remiten a un orden público económico y social europeo que, sin embargo, existe, y, por lo tanto, carecen de raíces en un marco soberano, que sólo existe de manera limitada a escala de Europa. Los valores morales y sociales de un país determinado. 3.3.1. El futuro de un Derecho contractual europeo debería esforzarse por evitar estos escollos y debería representar un avance, manteniendo sus firmes raíces en los principios jurídicos del Derecho privado comunes a todos los Estados miembros y en el orden público socioeconómico europeo y el modelo social europeo, así como apelando a los jueces nacionales, que deberían tener competencias para controlar estos contratos y resolver las diferencias tomando como base el Derecho contractual europeo. 3.4. Las PYME cada vez están más familiarizadas con los actos tipo y el Derecho mercantil internacional, cuyo uso se extiende en sus actividades transfronterizas. Sería aconsejable no intervenir innecesariamente en dichas relaciones, salvo para impedir posibles abusos, ni crear demasiadas particularidades europeas que podrían obstaculizar las relaciones económicas entre empresas europeas y no europeas. 3.5. La elaboración de un Derecho europeo uniforme y general -por ejemplo, en forma de reglamento, solución que el Comité considera preferible para evitar las divergencias- podría exigir plazos de tiempo y estudios complementarios, pero debería basarse en los trabajos ya efectuados por las comisiones e instituciones anteriormente mencionadas y en las normas y prácticas internacionales vigentes. 3.6. En un primer momento, y a medio plazo, las partes podrían optar, si así lo desean, por el Derecho comunitario como el derecho aplicable a su contrato. En una fase ulterior, a más largo plazo, después de una evaluación y las posibles modificaciones, el Derecho contractual comunitario se convertiría en un Derecho común, aunque las partes podrían todavía escoger otro Derecho, de manera que se salvaguardase el principio de la libertad contractual».

Plan de Acción”, de 12 de febrero de 2003⁹³, que contiene las conclusiones del proceso de consulta y debate iniciado con la Comunicación de julio de 2001, con la finalidad de solucionar los problemas que derivan de las divergencias existentes entre los distintos Derechos contractuales nacionales de los Estados miembros⁹⁴. Tomando como punto de partida el trabajo de campo realizado por las 181 respuestas y comentarios recibidos a consecuencia de la anterior Comunicación, concluye que *«no hay necesidad de abandonar el enfoque sectorial actual; resume también los problemas identificados en el proceso de consulta, que tienen que ver con la necesidad de una aplicación uniforme del Derecho contractual europeo y el buen funcionamiento del mercado interior»*.

Comienza con una introducción y una descripción del enfoque actual, tras los cuales se pueden distinguir esencialmente dos partes, una, relativa a los problemas que derivan de la existencia de diferencias entre los distintos Derechos de los Estados miembros; y otra, donde establece un plan de acción sobre la base de tres medidas fundamentales.

Por lo que respecta a la primera, son dos los problemas que derivan de las divergencias existentes entre los diferentes Derechos nacionales: por una

⁹³ Bruselas, 12.2.2003. COM (2003) 68 final. DOCE C 63, 15 marzo 2003, pp. 1 a 60. Consultar en http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/com_2003_68_es.pdf.

⁹⁴ Sobre esta Comunicación existen profusos trabajos, *vid.*, entre otros: DE LA MATA MUÑOZ, A., «Un paso más hacia la unificación del derecho privado europeo. Comunicación de la Comisión de 15 de marzo de 2003 sobre un derecho contractual europeo más coherente», *Aranzadi Civil*, número 1, 2003, pp. 2077 a 2105; GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., «La unificación del...», *op. cit.*, pp. 1802 a 1805; GAMBARO, A., «The Plan d’Action of the European Commission-A Comment», *European Review of Private Law*, 3/6, 2003, pp. 768 a 781; INFANTE RUIZ, F.J., «Entre lo político...», *op. cit.*, pp. 8 a 10; HESSELINK, M.W., «The European Commission’s Action Plan: Towards a more coherent European Contract Law?», *European Review of Private Law*, 12/4, 2004, pp. 397 a 419; OLIVA BLÁZQUEZ, F., *Proyecto de investigación...*, *op. cit.*, pp. 77 a 79; STAUDENMAYER, D., «The Commission Action Plan on European Contract Law», *European Review of Private Law*, 11/2, 2003, pp. 113 a 127 y VON BAR, C., SWAN, S., «Response to the Action Plan on European Contract Law: a more coherent European Contract Law [COM (2003)63]», *European Review of Private Law*, 11/5, 2003, pp. 595 a 622.

parte, la aplicación uniforme de la legislación comunitaria⁹⁵, y de otra, la repercusión en el buen funcionamiento del mercado interior⁹⁶.

Con la finalidad de solucionar los problemas detectados, y tomando en consideración las respuestas a la consulta y los impulsos del Parlamento Europeo, la Comisión diseña un Plan de Acción⁹⁷, sobre la base de tres tipos de medidas:

- La mejora de la calidad del acervo comunitario en el ámbito del Derecho contractual. Para lograr dicha mejora propone la elaboración de un “Marco Común de Referencia” -*Common Frame of Reference (CFR)*-⁹⁸ y mantener elevados niveles de calidad y coherencia del acervo comunitario, con lo que se lograría la aplicación uniforme del Derecho comunitario y un adecuado funcionamiento de las operaciones transfronterizas y, por tanto, en la potenciación del mercado interior. Por lo que respecta a la primera propuesta, el “Marco Común de Referencia” comprendería unos principios y una terminología comunes al Derecho contractual europeo, lo que constituiría un paso fundamental en pro de la mejora del *acquis communautaire*. En la Comunicación se precisan los objetivos⁹⁹, los campos que debería cubrir¹⁰⁰ y

⁹⁵ Acerca de los problemas relativos a la aplicación uniforme de la legislación comunitaria, *vid.*, el apartado 3.1. de la Comunicación.

⁹⁶ En relación a los problemas que repercuten en el buen funcionamiento del mercado interior, *vid.*, el apartado 3.2. de la Comunicación.

⁹⁷ La Comisión consciente de que el éxito de su trabajo depende también de la implicación de los gobiernos, profesionales de la justicia, asociaciones de consumidores, grupos académicos y profesores de derecho, también ha sometido este Plan de Acción a consulta y debate, *vid.*, un resumen de las respuestas y comentarios recibidos en «Respuestas al Plan de Acción sobre un Derecho contractual más coherente», http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/analyticaldoc_es.pdf.

⁹⁸ De forma gráfica, afirma INFANTE RUIZ, F.J., que «el proceso de elaboración de un conjunto de normas, principios y reglas modelos relativas al derecho privado europeo (lo que posteriormente se dirá que debe ser el CFR) tiene aquí su partida de nacimiento», «Entre lo político...», *op. cit.*, p. 10.

⁹⁹ En el apartado 62 se trazan tres objetivos del *Common Frame of Reference*: «en primer lugar, la Comisión podría utilizar este marco común de referencia en el ámbito del Derecho contractual cuando se revise el acervo existente y se propongan nuevas medidas. Debería ofrecer las mejores soluciones posibles con respecto a la terminología y las normas

los aspectos organizativos¹⁰¹ del futuro *Common Frame of Reference*. La esencia de esta primera medida se encuentra en los objetivos que a corto y

comunes, es decir, en relación con la definición de conceptos fundamentales y términos abstractos como “contrato” o “daño” y de las normas aplicables, por ejemplo en caso de incumplimiento de contrato. En este contexto, la libertad contractual debería ser el principio rector; sólo deberían preverse restricciones cuando hubiera buenas razones para ello. El objetivo es disponer, en la medida de lo posible, de un acervo coherente en el ámbito del Derecho contractual europeo basado en normas básicas comunes y una terminología armonizada. El segundo objetivo es que pueda llegar a ser un instrumento para la consecución de un mayor grado de convergencia entre los Derechos contractuales de los Estados miembros y, en su caso, de terceros países. En tercer lugar, la Comisión basará sus reflexiones en si son necesarias medidas no específicamente sectoriales, por ejemplo un instrumento facultativo, para resolver problemas relativos al Derecho contractual europeo en el marco común de referencia».

¹⁰⁰ En el apartado 63 se sugiere el contenido y las fuentes que deben servir de base en la redacción del *Common Frame of Reference*: «los trabajos de investigación deberán concentrarse en los ámbitos cubiertos por el presente plan de acción y la Comunicación sobre Derecho contractual europeo. Aunque el contenido detallado del marco común de referencia se establecerá sobre la base de las investigaciones y las contribuciones de los operadores económicos, podría contener los siguientes elementos: Debería reglar esencialmente el Derecho contractual, sobre todos los tipos de contrato transfronterizo afectados, como los contratos de compraventa y los contratos de servicios. Debería abarcar las normas generales en materia de conclusión, validez e interpretación de los contratos, así como las relativas a la ejecución, el incumplimiento y las vías de recurso y las normas en materia de garantía de crédito relativas a los bienes muebles y el Derecho sobre enriquecimiento indebido. Deberían considerarse varias fuentes básicas: Debería recurrirse a los ordenamientos jurídicos nacionales existentes para encontrar denominadores comunes, elaborar principios comunes y, en su caso, identificar las mejores soluciones. Es especialmente importante tener en cuenta la jurisprudencia de los tribunales nacionales, sobre todo la de los tribunales supremos, y las prácticas contractuales establecidas. Debería analizarse el acervo comunitario existente y los instrumentos internacionales vinculantes aplicables en la materia, sobre todo la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG)».

¹⁰¹ En el apartado 66, en referencia a los aspectos organizativos, se señala que: «es evidente que la Comisión no quiere, en el marco de las actividades de investigación, “volver a inventar la rueda”. Muy al contrario, es digno de mención el hecho de que la concentración de actividades de investigación en el campo del Derecho contractual no ha sido nunca tan importante como ahora. Es fundamental que estas actividades de investigación continúen y se aprovechen plenamente. En consecuencia el objetivo principal es combinar y coordinar las investigaciones en curso para inscribirlas en un marco común siguiendo varios enfoques generales. Sólo cuando las investigaciones en curso no cubran todos los ámbitos afectados, será conveniente iniciar nuevas investigaciones para llenar esas lagunas. Por otra parte, nada impide que los proyectos en curso vayan más allá de los ámbitos que deben cubrirse, ya que estos pueden estar relacionados necesariamente con otros ámbitos, como el Derecho de propiedad y el Derecho de responsabilidad civil. Las investigaciones en este ámbito podrían financiarse en el marco del sexto programa marco de investigación y desarrollo tecnológico (PM6). En el apartado “Integración”, la prioridad 7 (“Los ciudadanos y la gobernanza en una sociedad basada en el conocimiento”) presenta el contexto analítico e intelectual de esta empresa. Se prevé que las actividades de investigación en materia de Derecho contractual europeo constituyan una de las primeras convocatorias de propuestas que se publicarán en el marco de esta prioridad. Dada la naturaleza de la problemática abordada, la aplicación podría

largo plazo cumpliría el *Common Frame of Reference*. En un primer estadio, permitiría «la mejora y la simplificación del acervo existente y garantizar la coherencia del acervo futuro»¹⁰²; y en el horizonte futuro¹⁰², es aquí donde se denota la ambición de la Comisión, facilitaría «la base para una reflexión profunda sobre un instrumento facultativo en el ámbito del Derecho contractual europeo»¹⁰³. En relación a la segunda propuesta, esto es, mantener unos elevados niveles de calidad y coherencia del acervo comunitario en el ámbito del Derecho contractual, afirma la Comunicación que se tendría que examinar la calidad de la formulaciones, simplificar y clarificar la normativa existente, eliminar las incoherencias detectadas, adaptar la legislación a las evoluciones de la economía y del comercio, y cubrir las lagunas existentes. Para los anteriores objetivos se podrá proceder a una consolidación, codificación y refundición de la normativa vigente¹⁰⁴.

realizarse con la ayuda de uno de los instrumentos previstos en el PM6 para estructurar e integrar en mayor medida los esfuerzos de investigación en este ámbito».

¹⁰² Incluso, la Comisión no es ajena, en el apartado 60 de la Comunicación, a la onda expansiva que puede generar la elaboración del *Common Frame of Reference*, al indicar que «si el marco común de referencia se acepta ampliamente como el modelo de Derecho contractual europeo que mejor responde a las necesidades de los operadores económicos, es muy posible que sea aceptado también como criterio de referencia por los poderes legislativos nacionales de la UE y, en su caso, por terceros países que deseen establecer nuevas normas en materia de Derecho contractual o revisar las existentes. Por tanto, el marco de referencia podría reducir las divergencias entre los Derechos contractuales en la UE».

¹⁰³ En este sentido señala INFANTE RUIZ, F.J., que «con la finalidad declarada de superar las incoherencias y contradicciones del *acquis communautaire* en esta comunicación se menciona un proyecto y se apunta uno ulterior: (i) un marco común de referencia relativo a los principios comunes del derecho contractual europeo, así como una terminología general y compartida y (ii) un “instrumento facultativo” (“optional instrument”), con el que se lograrían una serie de reglas generales (no sectoriales) aplicables a los contratos transfronterizos en sustitución de las reglas locales», «Entre lo político...», *op. cit.*, p. 10.

¹⁰⁴ En la Comunicación, notas al pie números 55, 56 y 57, la propia Comisión se encarga de establecer los significados de “consolidación”, “codificación” y “refundición”. De manera que consolidación es «reunir en un solo texto no vinculante las disposiciones actuales de un determinado instrumento regulador, es decir, las disposiciones del acto original y los posteriores actos modificativos»; “codificación” es «adoptar un nuevo instrumento jurídico que reúne en un solo texto, sin cambios relativos al fondo, un acto antiguo y sus posteriores modificaciones; el nuevo instrumento sustituye el anterior y lo deroga» y “refundición” es «adoptar un acto jurídico en el que se han realizado los cambios de fondo requeridos, se codifican dichos cambios con las disposiciones del acto anterior no modificadas y se deroga este acto».

- La promoción de la elaboración de cláusulas contractuales tipo de ámbito comunitario. Afirma la Comisión que el uso de las cláusulas y las condiciones contractuales tipo podrían ser útiles para fomentar las transacciones transfronterizas, al eliminar los problemas que disuaden a los operadores económicos de realizar dichos negocios, tales como la inseguridad y la incertidumbre jurídica. Con el objeto de fomentar dichas cláusulas y condiciones, propone: por una parte, facilitar el intercambio de información sobre las iniciativas ya existentes, que han elaborado cláusulas contractuales tipo para determinadas transacciones transfronterizas; por otra, para evitar que el fomento de cláusulas contractuales tipo degeneren en la inobservancia de la normativa comunitaria ni resulte contraria a las políticas de la Unión Europea, la Comisión dictará una serie de directrices que tendrán que ser cumplidas en la redacción de dichas cláusulas.

- La reflexión sobre la oportunidad de adoptar medidas no relacionadas con un sector particular, como la adopción de un instrumento facultativo en el ámbito del Derecho contractual europeo. La última medida plantea la necesidad de estudiar si algunos problemas del Derecho contractual europeo podrían exigir soluciones no sectoriales, como la elaboración de un instrumento facultativo. Su adopción -bien en forma de Reglamento o de Recomendación-, podría tener como base el “Marco Común de Referencia”, ofrecería a las partes contratantes *«un conjunto modernizado de reglas particularmente adaptadas a los contratos transfronterizos en el mercado interior. De este modo, las partes no deberían abordar cada detalle en los contratos específicamente redactados o negociados a tal efecto, pudiendo remitir simplemente a dicho instrumento a modo de legislación aplicable»*. No obstante la voluntariedad de las normas contenidas en el instrumento facultativo, expresamente se indica que *«sólo un número limitado de reglas, por ejemplo las destinadas a proteger al consumidor, serían imperativas cuando el nuevo instrumento se aplicara al contrato»*.

Debe indicarse que la Comunicación concluye afirmando que el proceso de consulta y debate continúa abierto, invitando a los interesados a realizar propuestas y reflexiones a la Comisión hasta el día 16 de mayo de 2003.

3.3.6. La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “sobre Derecho Contractual Europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro”, de 11 de octubre de 2004

Continuando con el reto de la unificación del Derecho privado, debe citarse la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo intitulada “Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro”, de 11 de octubre de 2004¹⁰⁵, que en esencia tiene como misión las siguientes:

- Asegurar el seguimiento, por parte de la Comisión, del Plan de Acción programado en su Comunicación de 12 de febrero de 2003.

- Señalar cómo se elaborará el “Marco Común de Referencia” para la mejora de *«la coherencia del acervo actual y futuro»*. La Comunicación se centra de forma prioritaria en definirlo, señalar sus funciones, naturaleza jurídica, organización, fuentes, estructura y contenido, así como un calendario para su redacción.

La Comunicación, después de identificar las diferentes clases de aporías detectadas en el acervo comunitario¹⁰⁶, se plantea la necesidad de tomar una decisión política sobre la utilización del MCR para modificar las Directivas vigentes, subsanando en base al nuevo texto tales problemas, por lo que lo concibe como una *«herramienta para presentar propuestas de mejora de la calidad y coherencia del acervo actual y de los futuros instrumentos jurídicos en*

¹⁰⁵ Bruselas, 11.10.2004. COM (2004) 651 final. DOCE C 14/6, 20 enero 2005 (texto no publicado en el DOCE). Consultar en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0651:FIN:ES:PDF>.

¹⁰⁶ *«la utilización en directivas de términos jurídicos abstractos no definidos o definidos de manera vaga; la existencia de ámbitos en los que la aplicación de las directivas no permite, en la práctica, resolver los problemas; diferencias entre los Derechos nacionales de aplicación debidas al uso del principio de armonización mínima en las directivas relativas a la protección de los consumidores; incoherencias en el Derecho contractual europeo»*.

el ámbito del Derecho contractual»¹⁰⁷, en el que se definirán con detalle «*los términos jurídicos, enunciará los principios fundamentales y presentará modelos coherentes de normas de Derecho contractual*». Junto a la anterior función principal, el futuro texto podría cumplir otras series de funciones a corto y largo plazo, tales como: su utilización en la transposición de las nuevas Directivas a los Derechos nacionales; modelo de inspiración para los legisladores nacionales en aspectos del Derecho contractual no comunitario; para los laudos arbitrales; como base para la elaboración de un futuro instrumento facultativo¹⁰⁸; elaboración de cláusulas contractuales por los profesionales del derecho; y por último, se insiste en la posibilidad de que el Tribunal de Justicia lo utilice en la interpretación del acervo comunitario contractual¹⁰⁹.

En relación a la posible naturaleza jurídica del instrumento definitivo, la Comisión indica que algunas propuestas recibidas se postulan a favor de la adopción de un acto vinculante dictado por el Consejo y el Parlamento, y, otras, por la de un instrumento no vinculante de la Comisión. La Comisión, con buen criterio, elude cualquier tipo de conclusión categórica que pudiera generar recelos entre las partes involucradas en su elaboración y de los representantes de los Estados miembros, y señala que si bien en este momento del proceso considera que «el MCR podría asumir la forma de un instrumento no vinculante, consultará ampliamente a todas las partes interesadas a la hora de elaborarlo. En ese momento podría plantearse de nuevo la cuestión».

¹⁰⁷ Vid., INFANTE RUIZ, F.J., «Entre lo político...», *op. cit.*, p. 11.

¹⁰⁸ En relación a la adopción de un instrumento facultativo, indica INFANTE RUIZ, F.J., que «a pesar de que las contribuciones y dudas habidas en la fase de consulta de la anterior comunicación expresaron gran interés acerca de la naturaleza del “instrumento facultativo”, la Comisión consideró que en aquel momento resultaba claro que la mayoría de los sujetos no estaban en condiciones de adoptar una decisión política sobre esta materia antes de examinar la versión final del CFR. De este modo, la discusión se desplazó al ámbito de la “agenda de Lisboa”», «Entre lo político...», *op. cit.*, p. 11. Vid., también STAUDENMAYER, D., «The Way Forward in European Contract Law», *European Review of Private Law*, 13/2, 2005, p. 100.

¹⁰⁹ El TSJUE ha aplicado el DCFR en el Case C-489/07 *Pia Messner v Firma Stefan Krüger* [2009] ECR I-7315, Opinion of AG Trstenjak, paras 85, 91 y en el Case C-275/07 *Commission of the European Communities v Italian Republic* [2009] I-2005, Opinion of AG Trstenjak, paras 90, 94, n 55.

Por lo que respecta a la organización para la progresiva elaboración del MCR, indica la Comisión que es imprescindible la participación de todas las partes interesadas, y para ello establece dos niveles. El primer nivel o grupo de trabajo, que realizará contribuciones técnicas, estará constituido por una red de expertos que será creada por la Comisión, y donde se encontrarán representadas todas las partes interesadas¹¹⁰. El segundo, que realizará tanto consideraciones de índole política como la revisión técnica, estará compuesto por un grupo de expertos de los Estados miembros (*Network of Member State Experts*)¹¹¹. Ambos niveles o grupos de trabajo se reunirán periódicamente en un foro de discusión (*European Law Discussion Forum*) al objeto de realizar debates y opiniones sobre los trabajos desarrollados¹¹².

Las soluciones técnicas que finalmente adopte el MCR serán fruto de la identificación de las mejores reglas, teniendo como fuentes el Derecho comparado europeo, el acervo comunitario y la CISG. También se indica que «*serán pertinentes y se tendrán en cuenta otros materiales existentes, aunque garantizando al mismo tiempo que el MCR se adapte a los requisitos específicos de la UE*».

En relación a su estructura y contenido, se preveía que el MCR se dividiera en tres partes o capítulos¹¹³: el primero, relativo a algunos principios comunes y fundamentales del Derecho contractual (por ejemplo la libertad contractual, la buena fe, etc.); el segundo contiene una serie de definiciones de

¹¹⁰ Sobre las redes de investigadores y expertos, *vid.*, INFANTE RUIZ, F.J., «Entre lo político...», *op. cit.*, pp. 12 a 17.

¹¹¹ Sobre la *Network of Member State Experts*, *vid.*, INFANTE RUIZ, F.J., «Entre lo político...», *op. cit.*, p. 17.

¹¹² Sobre el foro de discusión y el cronograma de sus conferencias, *vid.*, INFANTE RUIZ, F.J., «Entre lo político...», *op. cit.*, pp. 17 y 18.

¹¹³ Sobre la posible estructura y el contenido del MCR, *vid.*, Anexo I de la Comunicación que venimos comentando.

términos jurídicos claves (de contrato, de daños y perjuicios, etc.); y el último, referente a modelos de normas del Derecho contractual¹¹⁴.

Por último, en lo referente a los trabajos preparatorios del MCR, se establecen unos hitos temporales o fases que finalizarían en el año 2009 con la adopción del texto por la Comisión¹¹⁵.

- La Comunicación también presenta planes específicos para la revisión de la normativa comunitaria en el ámbito de la protección de los consumidores. En esencia, las acciones previstas son las siguientes: la creación de una base de datos pública sobre la legislación comunitaria de consumo y de la aplicación práctica de las Directivas, en la que también se introducirán las legislaciones nacionales y su aplicación. La constitución de un grupo de trabajo permanente de expertos que tendrá la misión de estudiar la aplicación práctica del acervo, y redactar informes sobre determinadas Directivas de consumo¹¹⁶.

- Por otro lado, también contempla una serie de actividades para desarrollar la segunda medida prevista en el Plan de Acción: la promoción de cláusulas contractuales tipo de ámbito comunitario. Estas actividades son en esencia las siguientes: incentivar al sector privado a desarrollar cláusulas y condiciones tipo aplicables en la Unión Europea. Ello no lo limita exclusivamente a las transacciones entre empresarios (B2B), sino que también lo amplía a las de las empresas con la Administración Pública (B2G); la

¹¹⁴ El Capítulo III, sería el más amplio de todos y se dividiría a su vez en nueve secciones, que son las siguientes: contrato (sección I), obligaciones precontractuales (sección II), cumplimiento e incumplimiento (sección III), pluralidad de partes (sección IV), cesión de créditos (sección V), sustitución del deudor y transmisión del contrato (sección VI), prescripción (sección VII), normas específicas para el contrato de compraventa (sección VIII), normas específicas para los contratos de seguro (sección IX).

¹¹⁵ *Vid.*, COM (2004) 651 final, pp. 13 y 14.

¹¹⁶ En la Comunicación expresamente se indica que «*cuando el proyecto haya finalizado y se hayan elaborado los informes, la Comisión analizará si resulta necesario proponer modificaciones a las Directivas. Se prevé que dicha fase de diagnóstico termine antes de final de 2006. Las propuestas tendrán en cuenta, si procede, el trabajo realizado en el marco del proyecto MCR e irán acompañadas de la evaluación de las repercusiones de la legislación*»

creación de un sitio web para fomentar el desarrollo y uso de cláusulas y condiciones tipo de ámbito comunitario; el empleo de Directrices para evitar los problemas que pudieran derivar de la relación entre normas en materia de competencia y las cláusulas y condiciones tipo de ámbito comunitario; y por último, identificar y analizar los obstáculos legislativos para el empleo de las cláusulas y condiciones tipo.

- Por último, aunque la Comisión afirma que de momento no tiene la intención de abandonar el enfoque sectorial, sí insta a la reflexión sobre la oportunidad de adoptar en el futuro, para superar los problemas detectados en el Derecho contractual europeo, medidas no relacionadas con un sector particular, un instrumento facultativo, que tendría como base el texto del MCR. En relación al futuro instrumento facultativo, la Comisión huye de cualquier tipo de conclusión apresurada, pero sí ofrece en el Anexo II de la Comunicación unos parámetros para reflexiones futuras¹¹⁷. En lo que sí se ha mostrado categórico es en reiterar que sus intenciones no pasan por proponer un “Código civil Europeo”¹¹⁸.

3.3.7. La Resolución de 23 de marzo de 2006 del Parlamento Europeo sobre “Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro”

¹¹⁷ En relación al instrumento facultativo, señala INFANTE RUIZ, F.J., que «lo más significativo, aun cuando el Anexo II se dedique a esbozar unos parámetros para discusiones futuras, es el hecho de que se evita definirlo, salvo las ideas que el interprete pueda entresacar de los párrafos en los que se divaga sobre su naturaleza», «Entre lo político...», *op. cit.*, p. 11. *Vid.*, también STAUDENMAYER, D., «The Way Forward...», *op. cit.*, p. 100.

¹¹⁸ Resulta muy interesante la reflexión sobre el camino, parece que sin retorno, iniciado por las Comunicaciones de 2003 y 2004, que realiza INFANTE RUIZ, F.J., al indicar que «la elaboración de un texto normativo de derecho europeo de contratos no es ya una declaración de buenas intenciones, ni el sueño de unos cuantos, como antes lo fue, sino una realidad vivida en el seno de la política comunitaria (aunque todavía está por ver con qué intensidad) y sentida, indudablemente con más fuerza (si bien las emociones son diversas), en una ya bastante extensa “academia legal europea”. En la actualidad, el proceso hacia un texto normativo de derecho europeo, sea cual sea su índole y naturaleza, pasa por la conclusión del CFR. En consecuencia, el CFR se sitúa no sólo como recurso dialéctico, sino también como aspiración normativa, respecto de un “derecho común europeo”, entre lo político y lo académico», «Entre lo político...», *op. cit.*, p. 12.

De la Resolución del Parlamento Europeo “sobre Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro” de 23 de marzo de 2006¹¹⁹, debemos destacar los siguientes aspectos:

- Señala que todo el proceso iniciado en el campo del Derecho contractual europeo debe considerarse fundamentalmente como un ejercicio dirigido a la mejora de la legislación comunitaria.

- Aunque el objetivo del Parlamento no es la redacción de un “Código Europeo de Obligaciones o de un Código Civil Europeo”, afirma que un amplio sector de los investigadores y de terceros que trabajan en el proyecto se muestran partidarios de que el proceso finalmente acabe en su aprobación, lo que el Parlamento no descarta, siempre que exista una auténtica voluntad política. Considera imprescindible la participación de las autoridades políticas en el proceso.

- Pide a la Comisión que utilice los trabajos realizados por los grupos de expertos y de la Red para el MCR (Red MCR) con el doble objetivo de, por una parte, realizar una revisión del acervo comunitario en el campo del Derecho civil, y por otra, para desarrollar el Derecho civil comunitario.

- Insta a la Comisión a que en la redacción del MCR tenga presente no sólo las relaciones jurídicas entre empresarios, sino también aquellas en las que intervengan los consumidores, por lo que pide que se distinga claramente entre las disposiciones aplicables a un tipo de transacciones u a otras; que se tenga en cuenta el modelo social europeo y que se respeten las diferencias existentes entre los diversos sistemas y tradiciones jurídicas.

- Alerta de los peligros que se corren si se adoptan reglas jurídicas excesivamente detalladas, puesto que la falta de flexibilidad imposibilitaría su

¹¹⁹ P6_TA (2006) 0109, DOCE C 292 E, de 1 de diciembre 2006, pp. 109 a 112. Consultar en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:292E:0109:0112:ES:PDF>.

adecuación a las circunstancias legales cambiantes. Por ello se muestra partidario de la adopción de una reglamentación genérica que permita cierto margen a los tribunales en su interpretación y aplicación.

- Solicita a la Comisión la realización de una evaluación minuciosa de la repercusión jurídica y económica de las medidas legislativas adoptadas.

- Por último, establece ciertas cuestiones procedimentales, tales como la elaboración de un plan legislativo para aplicar los resultados de la Red MCR, la emisión de informes con los resultados al Parlamento, el contenido de dichos informes, la máxima cooperación con el Parlamento en todo el proceso, la constitución de un grupo de trabajo permanente en el mismo, e insta al Presidente del Consejo a la organización de un foro de debate sobre los avances del procedimiento en los que intervengan la Comisión y el Parlamento, etc.

3.3.8. La Resolución de 7 de septiembre de 2006 del Parlamento Europeo sobre “Derecho contractual europeo”

El Parlamento Europeo mediante su Resolución “sobre Derecho contractual europeo”, de 7 de septiembre de 2006¹²⁰, manifiesta la necesidad de avanzar en la armonización del Derecho civil como cauce que posibilite el correcto funcionamiento del mercado interior uniforme. También insiste en que el proceso iniciado en el campo del Derecho contractual es el más relevante de los que se encuentran en funcionamiento en el campo del Derecho civil.

Igualmente se subraya en la Resolución el apoyo del Parlamento a la elaboración de un MCR con un contenido amplio, abarcando no sólo las

¹²⁰ DOCE C 305 E de 14 de diciembre de 2006, p. 247 (consultar en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-352+0+DOC+XML+V0//ES>)

cuestiones relativas al Derecho de los consumidores, sino también tratando aspectos generales del Derecho contractual.

También debe destacarse que el Parlamento todavía no tiene claro el objetivo final y la forma jurídica que adoptará el MCR, si bien considera que aunque *«el resultado final a largo plazo podría ser un instrumento vinculante; deben mantenerse abiertas todas las posibles opciones en lo referente al objeto y la forma jurídica de un futuro instrumento»*.

3.3.9. La Resolución de 12 de diciembre de 2007 del Parlamento Europeo sobre “Derecho contractual europeo”

De la Resolución del Parlamento Europeo “sobre Derecho contractual europeo” de 12 de diciembre de 2007¹²¹, debe destacarse que el Parlamento manifiesta su satisfacción por la conclusión del proyecto de MCR realizado por los investigadores y pide a la Comisión que elabore un plan al objeto de seleccionar qué partes del proyecto serán finalmente incluidas en el MCR definitivo. También insta a la Comisión a que coordine en las diferentes Direcciones Generales los trabajos sobre el MCR y *«a que no tome la decisión sobre el alcance del MCR definitivo sin un proceso de debate amplio con todos los grupos, investigadores y partes interesadas pertinentes y también con participación del Parlamento: pide a la Comisión que, cuando tome la decisión sobre el alcance del MCR, tenga en cuenta la posición del Parlamento ya expresada en varias resoluciones»*.

Al igual que la Resolución anterior, se insiste en que el MCR no límite su enfoque al Derecho de los consumidores y continúa manteniendo una postura

¹²¹ DOCE C 323 E de 18 de diciembre de 2008, p. 364 (consultar en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2007-0615&language=ES>)

abierta en lo que respecta a la finalidad y la forma jurídica del futuro instrumento del MCR.

3.3.10. La Resolución de 3 de septiembre de 2008 del Parlamento Europeo sobre “un Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo ”

En la Resolución sobre “un Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo” de 3 de septiembre de 2008¹²², siendo el Parlamento Europeo consciente de que el proyecto de MCR elaborado por los investigadores está siendo objeto de estudio por una red de varios grupos académicos y de un proceso interno de selección por parte de la Comisión al objeto de establecer qué partes del proyecto se van a integrar en un próximo documento, pide a la Comisión que *«presente un plan detallado y transparente sobre la forma en que se organizará y coordinará el proceso de selección que conducirá a la elaboración del documento de la Comisión»*.

El Parlamento insiste en el carácter académico del proyecto de MCR y *«que la posible selección de las partes del proyecto de MCR que deben integrarse en el próximo documento de la Comisión constituye un ejercicio de carácter eminentemente político»*. El documento que elabore la Comisión, que puede adoptar la forma de Libro Blanco, *«constituirá la base de la decisión de las instituciones europeas y de todas las partes interesadas sobre la finalidad futura del MCR, su contenido y su efecto jurídico, que puede variar desde un instrumento legislativo no vinculante hasta la base de un instrumento opcional en el Derecho contractual europeo»*.

¹²² DOCE C 295 E de 4 de diciembre de 2009, p. 31 (consultar en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2008-0397+0+DOC+XML+V0//ES>)

3.3.11. La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa “al comercio electrónico transfronterizo entre empresas y consumidores en la UE”, de 22 de octubre de 2009

La Comunicación de la Comisión relativa al comercio electrónico transfronterizo entre empresas y consumidores en la UE, de 22 de octubre de 2009¹²³ se centra en el análisis de las ventajas que ofrecen las compras transfronterizas en línea, tanto para los consumidores como para las empresas. A los primeros les permite elegir entre una oferta de productos más amplia y la posibilidad de ahorrar dinero. Por su parte, a las empresas, se les abren nuevas perspectivas de mercado, al poder ofrecer sus servicios a consumidores que viven en otros países.

La Comisión ha identificado una serie de obstáculos que dificultan el funcionamiento del comercio electrónico transfronterizo en la Unión Europea, entre los que destaca la existencia de un mercado interior en línea fragmentado. Con el objeto de superar tales obstáculos propone una serie de medidas tendentes a aprovechar plenamente todo el potencial que ofrece el comercio electrónico transfronterizo¹²⁴. La Comisión concluye afirmando que con la Comunicación se persigue establecer *«las bases para una estrategia destinada a mejorar el funcionamiento del comercio transfronterizo electrónico»*.

¹²³ (COM (2009)0557) (consultar en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0557:FIN:ES:HTML>).

¹²⁴ Tales medidas por orden de prioridad son las siguientes: superar la fragmentación de las normas de protección de los consumidores; garantizar la aplicación efectiva del artículo 20 de la Directiva sobre servicios; aumentar la eficacia transfronteriza; combatir las prácticas comerciales desleales; promover los sistemas alternativos de solución de litigios y el procedimiento de litigios transfronterizos de escasa cuantía; simplificar las obligaciones de declaración del IVA para los vendedores a distancia; soluciones prácticas a la gestión de los derechos de autor; contribuir a reducir los obstáculos a las ventas en línea en el contexto de las restricciones verticales; mejorar los sistemas de pago y la logística y suprimir los obstáculos técnicos; acciones complementarias destinadas a eliminar los obstáculos no reglamentarios al comercio electrónico transfronterizo; colaborar con el sector con el fin de favorecer un mercado minorista paneuropeo en línea; información para los consumidores y los comerciantes y reforzar la vigilancia del mercado.

La consecución de este objetivo resultará beneficiosa para los consumidores, las empresas y la competitividad de la economía de la UE».

3.3.12. Los últimos impulsos políticos de las Instituciones Comunitarias

El germen de la nueva estrategia de las Instituciones Comunitarias y de la elaboración de la CESL, que será objeto de estudio en otro epígrafe, deriva de los siguientes instrumentos:

- La Comunicación Europa 2020¹²⁵, en la que la Comisión, con la finalidad de salir de la crisis y preparar la economía de la Unión Europea para los retos de la próxima década, establece un plan de crecimiento con vistas al año 2020, centrado en tres objetivos prioritarios, el crecimiento inteligente, sostenible e integrador. En el plano jurídico la Comisión propone el fortalecimiento de la regulación del mercado único ya que «cada día, empresas y ciudadanos se enfrentan con la realidad de las trabas a las actividades transfronterizas, que persisten pese a la existencia legal del mercado único. Se dan cuenta de que las redes no están suficientemente interconectadas y que la aplicación de las normas sobre el mercado único es desigual. A menudo, las empresas y los ciudadanos todavía tienen que vérselas con 27 sistemas jurídicos diferentes para una única transacción. Mientras que nuestras empresas se enfrentan con la realidad cotidiana de unas normas fragmentadas y divergentes, sus competidores de China, Estados Unidos o Japón pueden beneficiarse plenamente de sus grandes mercados interiores... Para adaptar el mercado único y que sirva a los objetivos de Europa 2020 se requieren unos mercados que funcionen adecuadamente, que estén bien conectados y en los que la competencia y el acceso de los consumidores estimulen el crecimiento y la innovación». La Comisión, mediante esta Comunicación, pone de relieve la necesidad de establecer soluciones armonizadas en el campo de los contratos

¹²⁵ Comunicación de la Comisión Europa 2020, “una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador (COM (2010) 9, de 3.3.2010).

con consumidores, disponer de cláusulas contractuales modelos para toda la Unión Europea, así como el establecimiento de un instrumento opcional europeo en materia de contratos¹²⁶.

- El Programa de Estocolmo 2010-2014¹²⁷ en el que el Consejo de Europa instó a la Comisión Europea «a presentar una propuesta de MCR para el Derecho contractual europeo. Dicha propuesta debía ser un “conjunto no vinculante de principios fundamentales, definiciones y normas modelo que deb[ía]n ser utilizadas por los legisladores a escala de la Unión para garantizar mayor coherencia y calidad en el proceso legislativo»¹²⁸.

- La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Una Agenda Digital para Europa¹²⁹, en la que la Comisión indica que «es necesario adoptar rápidamente la propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores para reforzar la confianza de los consumidores y los operadores económicos en las compras transfronterizas en línea. Pero la Comisión investiga también la manera de mejorar los derechos de los consumidores que adquieren productos digitales. Las transacciones transfronterizas en línea pueden facilitarse reforzando la coherencia del Derecho contractual europeo sobre la base de un elevado nivel de protección del consumidor. La Comisión pondrá también en marcha una estrategia de la UE tendente a mejorar los sistemas alternativos de solución de controversias y propondrá un instrumento de recurso en línea en toda la UE para el comercio electrónico y la mejora del acceso a la justicia en línea. Además, podría mejorarse la comparabilidad de los precios al consumo, p. ej., mediante evaluaciones comparativas, ensayos de productos o sitios web

¹²⁶ GÓMEZ POMAR, F., GILI SALDAÑA, M., «El futuro instrumento...», *op. cit.*, p. 5.

¹²⁷ Programa de Estocolmo 2010-2014. Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (DO C 15. de 4.5.2010).

¹²⁸ GÓMEZ POMAR, F., GILI SALDAÑA, M., «El futuro instrumento...», *op. cit.*, p. 5.

¹²⁹ La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Digital para Europa (COM (2010) 245 final/2, de 19.5.2010).

de comparación de precios, a fin de impulsar la competencia y reforzar la protección del consumidor», para lo que propone, entre otras acciones, la de «un instrumento opcional de Derecho contractual que complementará la Directiva sobre derechos de los consumidores para atenuar la fragmentación del Derecho contractual, en particular en lo que se refiere al entorno en línea».

Con el anterior panorama y con el propósito de lograr una mejor coherencia del Derecho europeo de los contratos, se publica el Libro Verde de la Comisión “sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas”¹³⁰, que supone el impulso definitivo hacia una nueva estrategia en el ámbito contractual, gracias en gran medida al papel fundamental que ha tenido su vicepresidenta Viviane REDING¹³¹.

El Libro Verde comienza justificando el por qué de la necesidad de avanzar hacia un Derecho contractual europeo para facilitar las transacciones transfronterizas, con especial atención no sólo a los consumidores sino también a las pequeñas y medianas empresas¹³². Con dicha finalidad, el Libro Verde pretende «definir las opciones posibles para reforzar el mercado interior avanzando en materia de Derecho contractual europeo y lanzar una consulta

¹³⁰ Libro Verde de la Comisión “sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas” (COM (2010) 348 final, de 1.7.2010).

¹³¹ Sobre los problemas que se pretenden solucionar con un Derecho contractual europeo opcional, y en general sobre el instrumento opcional *vid.*, REDING, V., «Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo opcional», *InDret Abril/2011*, (traducción del original en alemán a cargo de: Ariadna Aguilera Rull y Albert Azagra Malo) ([w.w.w.indret.com](http://www.indret.com)), pp. 1 a 8.

¹³² «El mercado interior se basa en un sinnúmero de contratos que se rigen por distintas legislaciones contractuales nacionales. Pero las diferencias entre legislaciones contractuales nacionales pueden acarrear costes de transacción adicionales e inseguridad jurídica para las empresas y provocar en los consumidores una falta de confianza en el mercado interior. Las diferencias en la normativa de Derecho contractual pueden exigir a las empresas que adapten sus condiciones contractuales. Además, las legislaciones nacionales rara vez están disponibles en otras lenguas europeas, lo que significa que los actores del mercado precisan asesorarse de un abogado que conozca la legislación del sistema jurídico por el que piensan optar. En parte por estas razones, consumidores y empresas, especialmente las pequeñas y medianas empresas (PYME), que disponen de recursos limitados, pueden resistirse a embarcarse en transacciones transfronterizas. A su vez, esta renuencia puede obstaculizar la competencia transfronteriza en menoscabo del bienestar social. Los consumidores y las empresas de los Estados miembros pequeños pueden verse especialmente en desventaja».

pública sobre las mismas». En concreto, la Comisión señala una serie de propuestas u opciones relativas a la naturaleza jurídica, ámbito de aplicación y ámbito material que podría adoptar el futuro instrumento de Derecho contractual europeo, que posibilitaría que las empresas europeas pudieran ahorrar, incrementar la oferta de productos y mejorar en beneficio de los consumidores la relación calidad-precio. Estas propuestas son las siguientes:

- Opción 1: la publicación en el sitio internet de la Comisión de los resultados de los trabajos del Grupo de expertos, los cuales podrían ser empleados en la redacción de las leyes a nivel comunitario y nacional y en la preparación por las partes contratantes en sus contratos y cláusulas tipo.

- Opción 2: la elaboración de una caja de herramientas destinada a los legisladores europeos, bien mediante un acto de la Comisión, o de un acuerdo interinstitucional (entre la Comisión, el Consejo y el Parlamento) que sirva de referencia en el campo contractual¹³³.

- Opción 3: la adopción de una Recomendación de la Comisión para la adopción progresiva y voluntaria de un instrumento europeo por los países de la Unión Europea. Esta solución ofrecería la posibilidad de modificar su Derecho nacional o de configurar un régimen optativo¹³⁴.

- Opción 4: la creación por Reglamento de un instrumento optativo de Derecho contractual europeo, es decir, un régimen jurídico alternativo que

¹³³ No obstante proponer esta opción, la Comisión es consciente de que el «inconveniente de una “caja de herramientas” es que no aportaría beneficios inmediatos y tangibles para el mercado interior, pues no eliminaría las divergencias jurídicas. Además, una “caja de herramientas” para el legislador no podría garantizar la aplicación e interpretación convergente del Derecho contractual de la Unión por los órganos jurisdiccionales».

¹³⁴ La opción de la Recomendación no convence totalmente a la Comisión, ya que señala que «una Recomendación de este tipo carecería de efecto vinculante para los Estados miembros y les otorgaría poder discrecional sobre cómo y cuándo aplicar el instrumento en su Derecho nacional. Por eso, esta solución corre el riesgo de plantear un acercamiento incoherente e incompleto entre Estados miembros, que podrían poner en práctica la Recomendación de forma distinta y en momentos distintos o no seguirla en absoluto».

podría ser elegido libremente por los consumidores y empresas como alternativa a las legislaciones nacionales, aplicable únicamente a los contratos transfronterizos, o tanto a éstos como a los nacionales¹³⁵.

- Opción 5: la armonización de los Derechos nacionales sobre el Derecho contractual mediante una Directiva, sobre la base de normas comunes de mínimos, lo que posibilitaría que los Estados de la Unión Europea pudieran conservar sus normas nacionales más proteccionistas que las de la Directiva, siempre que fueran conformes con el Tratado¹³⁶.

¹³⁵ De los comentarios que realiza la Comisión puede desprenderse que la opción de un instrumento optativo pudiera resultar una solución satisfactoria para los fines perseguidos. En este sentido señala que «por su propia naturaleza, un instrumento optativo solo constituiría una solución razonable a los problemas derivados de las divergencias regulatorias si fuera suficientemente claro para el usuario medio y aportara seguridad jurídica. Estas son condiciones previas para establecer la confianza de las partes contratantes en el instrumento para que efectivamente lo elijan como base jurídica del contrato. En especial, es preciso que los consumidores se sientan respaldados al concluir un contrato sabiendo que sus derechos no se verán comprometidos. Para que sea operativo desde la perspectiva del mercado interno, el instrumento optativo tendría que afectar a la aplicación de las disposiciones obligatorias, incluidas las relativas a la protección del consumidor. En efecto, esto constituiría su valor añadido en relación a los regímenes optativos vigentes, como el Convenio de Viena, que no pueden restringir la aplicación de las normas nacionales obligatorias. El instrumento optativo debería ofrecer un nivel de protección de los consumidores manifiestamente elevado. La referencia coherente a un único conjunto de normas haría innecesario que los jueces y otros profesionales del Derecho investigaran legislaciones extranjeras en determinadas situaciones, como suele pasar en las normas sobre conflicto de leyes. Ello no solo podría reducir los costes de las empresas sino también aliviar la carga administrativa del sistema judicial. Tal instrumento optativo podría acarrear beneficios importantes para el mercado interior sin necesitar de otras incursiones en el Derecho nacional. Por tanto, en sintonía con el principio de subsidiariedad, un instrumento optativo podría constituir una alternativa razonable a la armonización completa de los Derechos nacionales, ofreciendo una solución proporcionada a las barreras del mercado interior derivadas de legislaciones contractuales nacionales divergentes. Por otra parte, un instrumento optativo europeo podría recibir críticas por complicar el ámbito jurídico. Al añadir un sistema paralelo, el marco jurídico seguiría siendo complejo y exigiría información clara para que los consumidores entendieran sus derechos y así adoptaran una decisión informada para celebrar o no un contrato con esta base alternativa».

¹³⁶ Sobre las ventajas e inconvenientes que puede ofrecer la opción por una Directiva, señala la Comisión que «tal Directiva podría atenuar las divergencias jurídicas al lograr una cierta convergencia entre legislaciones contractuales nacionales. Ello, a su vez, podría generar mayor confianza, especialmente en los consumidores y las PYME, para arriesgarse en operaciones transfronterizas. No obstante, la armonización mediante directivas basadas en una armonización mínima no llevaría necesariamente a la aplicación e interpretación uniforme de las normas. Las empresas que ofrecieran mercancías y servicios transfronterizos seguirían necesitando respetar las distintas normas contractuales de consumo en todos esos países. El actual acervo contractual de consumo muestra la limitada capacidad que tienen las directivas

- Opción 6: dictar un Reglamento para la creación de un Derecho contractual europeo que armonice las legislaciones nacionales de Derecho contractual, lo que tendría como efecto la sustitución de la aplicación de dichas legislaciones sólo en los contratos transfronterizos, o en los transfronterizos y en los nacionales¹³⁷.

- Opción 7: elaborar un Reglamento para la creación de un Código civil europeo. Esta opción es más ambiciosa que la anterior, y supondría sustituir los Derechos nacionales no sólo en materia contractual, sino también en las normas relativas a otros tipos de obligaciones (tales como la responsabilidad civil, enriquecimiento injusto o las prestaciones de beneficencia). Esta opción es sin duda la más agresiva respecto a los Derechos nacionales¹³⁸.

En nuestra opinión, las opciones 6 y 7 son las más ambiciosas y posiblemente también, en el momento actual, las menos realistas, máxime cuando también afectarían a las transacciones nacionales en las que no está presente el componente internacional, y por tanto no se encuentran aquejadas de los problemas que plantea la contratación fuera de sus fronteras.

de armonización mínima para reducir las divergencias regulatorias. En los contratos transfronterizos de empresa a empresa, la Directiva podría no aportar la certeza jurídica necesaria, con lo que las empresas seguirían sufragando los costes de la adaptación regulatoria».

¹³⁷ La Comisión considera que esta opción plantea la ventaja de que «acabaría con la fragmentación jurídica en materia de Derecho contractual y llevaría a una aplicación e interpretación uniformes de las disposiciones del Reglamento. Normas uniformes de Derecho contractual podrían facilitar la celebración de acuerdos transfronterizos y ofrecer un mecanismo eficaz de resolución de conflictos», pero también los inconvenientes de «provocar problemas delicados de subsidiariedad y proporcionalidad. Sustituir la pluralidad de legislaciones nacionales, especialmente si se cubren también los contratos nacionales, por un conjunto único de normas podría no ser una medida adecuada para abordar los obstáculos al comercio en el mercado interior».

¹³⁸ De las propias palabras de la Comisión se desprende que esta medida la considera excesiva e innecesaria, puesto que señala que «si bien en ámbitos jurídicos distintos del Derecho contractual se dan también impedimentos para el buen funcionamiento del mercado interior, queda por ver en qué medida podría justificarse un instrumento ambicioso como el Código Civil Europeo en la perspectiva de la subsidiariedad».

Desde el punto de vista objetivo, estas normas podrían ser aplicadas a los contratos celebrados entre las empresas y los consumidores (B2C) y/o a los celebrados entre empresarios (B2B). Ya sea sólo en relación exclusivamente a los contratos transfronterizos, o tanto a los transfronterizos como a los nacionales¹³⁹.

Respecto al ámbito material o contenido del futuro instrumento, las opciones son dos, una estricta y otra lata. Si la opción fuera la primera, se abordaría la regulación de las cuestiones generales de los contratos, lo que denomina el Libro Verde «una interpretación estricta de su ámbito material» (definición de contrato, obligaciones precontractuales, formación del contrato, derecho de desistimiento, cumplimiento, remedios frente al incumplimiento, prescripción, etc.); la otra posibilidad sería «una interpretación lata de su ámbito material» que además de las cuestiones generales de los contratos incluiría otros conexos (restitución, responsabilidad extracontractual, la adquisición y pérdida del dominio de los bienes), y además podría también regular disposiciones concretas para los contratos más frecuentes, como el de compraventa de mercancías¹⁴⁰.

El Libro Verde finaliza instando la presentación de contribuciones respecto de las opciones indicadas, para lo que se establece un plazo que terminaría el día 31 de enero de 2011. La Comisión ha recibido 320 respuestas, una parte importante de las cuales apoya la opción 4, que era la que desde el principio gozaba de mayor preferencia por la Comisión; incluso su propia vicepresidenta REDING había afirmado sin tapujos «que uno de los instrumentos más interesantes citados en el Libro Verde es un derecho de contratos opcional»¹⁴¹.

¹³⁹ GÓMEZ POMAR, F., GILI SALDAÑA, M., «El futuro instrumento...», *op. cit.*, p. 7.

¹⁴⁰ GÓMEZ POMAR, F., GILI SALDAÑA, M., «El futuro instrumento...», *op. cit.*, p. 7.

¹⁴¹ REDING, V., «Por qué necesita...», *op. cit.*, p. 3. La misma vicepresidenta afirma que «mediante un derecho contractual europeo opcional se conseguiría, en los sistemas jurídicos de los 27 Estados miembros, un conjunto completo y, en la medida de lo posible autónomo, de disposiciones contractuales que los contratantes -de acuerdo con el derecho fundamental a la libertad de contratación- podrían elegir como derecho aplicable. Un derecho contractual

Otro hito dentro del cambio de estrategia de las Instituciones Comunitarias lo supuso la constitución el día 26 de abril de 2010 por la Comisión de un Grupo de expertos en Derecho de la contratación¹⁴² con el objetivo de elaborar, a partir del DCFR académico, otros trabajos de investigación realizados en este ámbito y el acervo comunitario, una propuesta de MCR que fuera aplicable como instrumento opcional. Este Grupo de expertos ha centrado sus esfuerzos en diseccionar el DCFR académico eligiendo aquellas partes «que estuvieran relacionadas, directa o indirectamente, con el Derecho contractual, así como reestructurar, revisar y completar los contenidos seleccionados»¹⁴³ que tengan mayor repercusión en la práctica comercial transfronteriza. Sus trabajos fueron presentados a la Comisión en mayo de 2011 bajo el título “Estudio de viabilidad para un futuro instrumento de Derecho contractual europeo”, que fue publicado por la Comisión para que fuera sometido a observaciones el día 3 de mayo de 2011. Finalizado el período de consulta, fue presentado con el título ya conocido de Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea el día 11 de octubre de 2011¹⁴⁴.

opcional debería constituir un derecho aplicable que pudiera resolver, al menos, las cuestiones jurídicas más importantes que se plantean en la práctica, sin necesidad de acudir para ello a tal o cual sistema de derecho nacional. Este instrumento autónomo no sustituiría a los derechos contractuales nacionales y podría ser aplicado de forma paralela. Así, el BGB (*Código civil alemán*) no sería modificado ni sustituido por la nueva regulación europea del derecho de contratos. Un instrumento opcional no persigue la armonización de los derechos civiles. Las partes escogerían tal derecho, sólo cuando éste se correspondiera mejor con sus exigencias económicas y jurídicas que otro derecho opcional o que el derecho que las reglas de derecho internacional privado establezcan en cada caso como aplicable», «El futuro instrumento...», *op. cit.*, p. 5.

¹⁴² Este Grupo, compuesto por veinte expertos, no sólo aglutina a toda clase de profesionales del Derecho de los distintos Ordenamientos jurídicos europeos, sino que también ha integrado los diferentes intereses en juego, estando presentes representantes tanto de las asociaciones de consumidores como de empresarios. Entre los catedráticos de universidad debe destacarse la presencia de BEALE, H., CLIVE, E., HESSELINK, M., SCHULTE-NÖLKE, H. y el español GÓMEZ POMAR, F.

¹⁴³ GÓMEZ POMAR, F., GILI SALDAÑA, M., «El futuro instrumento...», *op. cit.*, p. 7.

¹⁴⁴ *Vid.*, sobre los presupuestos en los que se basó el Grupo de expertos para su redacción GÓMEZ POMAR, F., GILI SALDAÑA, M., «El futuro instrumento...», *op. cit.*, p. 8.

Finalmente debe indicarse que se ha realizado un recorrido por los primitivos y más relevantes impulsos políticos que han ido dando forma al proceso de unificación del Derecho Privado Europeo, para reflejar la importancia que han tenido -y que están teniendo- el Parlamento Europeo y la Comisión. Cómo una aspiración de un sector de la doctrina jurídica europea cuenta ahora con el respaldo político de la Unión Europea; de cómo el ideal codificador del Parlamento se ha atenuado por la Comisión para continuar legislando de forma sectorial, sin que quede descartado que, en el futuro, tal vez ahora no tan lejano, y tras la definitiva aprobación del MCR, y en su caso del instrumento facultativo, algún día se elabore un Código, unos principios o, en definitiva, un texto que comprenda una regulación completa del Derecho contractual europeo, cuya forma y carácter vinculante sólo el tiempo y la calidad técnica de sus soluciones lo dirá.

4. LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO (“COMISIÓN LANDO”)

4.1. Introducción

No es posible entender la historia del proceso de construcción del Derecho Privado Europeo sin destacar la importancia del papel desempeñado por la doctrina jurídica y los trabajos e investigaciones de los grupos académicos que, incluso antes del impulso político de la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989, ya habían concentrado sus esfuerzos en el ámbito del Derecho Europeo de los contratos¹⁴⁵. Tras dicha

¹⁴⁵ Como afirma CÁMARA LAPUENTE, S., «con antelación a la actual efervescencia doctrinal en torno al tópico del Código civil europeo, se había ido instalando en la comunidad científica europea la convicción de que la mejor vía para alcanzar ese eventual objetivo no era la legislativa, debido a diversos factores: la petrificación normativa, la selección arbitraria de los ámbitos legales armonizables, la falacia de la simplificación y armonización de lo regulado, debido a las diversas interpretaciones según principios y jurisprudencias nacionales, sin un Tribunal europeo auténticamente uniformizador, la falta de competencia de la UE para una acción de esa envergadura, etc. Estas objeciones han propiciado la apuesta por la integración

Resolución, han ido caminando de la mano de las Instituciones Comunitarias, complementando y aportando ideas a lo largo de todo el proceso. Son diversos los grupos de investigadores que con diferentes metodologías y resultados han elaborado interesantes trabajos con el fin de construir un Derecho Privado Europeo, entre los que deben destacarse: la “Comisión de Derecho Contractual Europeo” (“Comisión Lando”), el “Grupo de Pavía”, el “Proyecto de Trento”, el “Grupo de Estudio de un Código Civil Europeo (Proyecto VON BAR)” y el “Grupo Acquis Communautaire”.

Al ser objeto de nuestro estudio la indemnización de los daños y perjuicios contractuales en los PECL, elaborados por la “Comisión de Derecho Contractual Europeo”, nos centraremos en su análisis, abordando su origen, organización y método de trabajo, propósitos a largo y corto plazo, características, fuentes o modelos en los que se han inspirado, diferencias y similitudes con la CISG y los PICC y, por último, el método adoptado en su elaboración, estructura y contenido. En el epígrafe 5º serán expuestos los aspectos básicos de los otros grupos académicos.

4.2. Génesis de los PECL: la Comisión del Derecho europeo de los contratos (1980 a 2001). Organización y método de trabajo

El inicio del sueño de un Derecho europeo unificado de los contratos se puede situar en el año 1974, con la celebración en la *Copenhagen Business School* de un simposio donde se trató un Proyecto de Convención de Derecho Internacional Privado sobre la legislación aplicable a las obligaciones contractuales y no contractuales. Como ha señalado el profesor Ole LANDO, en la cena de despedida de dicho simposio, en los *Tivoli Garden*, estaba presente el Dr. Winfried HAUSCHILD que, en ese momento, ostentaba el cargo de Jefe de División de la Dirección General del Mercado Interno de la Comisión de las Comunidades Europeas, y que había dirigido al grupo de expertos que habían

mediante la vía de la doctrina y la ciencia jurídica, basada en la racionalidad de sus reglas o principios y no en la potestad legislativa», «Un derecho privado...», *op. cit.*, p. 63.

elaborado el Proyecto de Convención, con el que coincidía en la idea de que las normas sobre los conflictos de leyes resultaban ser insuficientes para alcanzar la uniformidad legal necesaria que demandaba un mercado europeo único sin fronteras. Mientras las reglas de Derecho sustantivo fueran diferentes, el mercado transfronterizo europeo se encontraría siempre ante una barrera, por lo que se necesitaban reglas sustantivas uniformes, a lo que el Dr. Winfried HAUSCHILD espetó su ya célebre frase: «*We need a European Code of Obligations*»¹⁴⁶.

Fue en otro simposio, titulado “Nuevas perspectivas de un Derecho común para Europa”, celebrado en el Instituto Universitario Europeo de Florencia el año 1976, en el que LANDO fue invitado a una ponencia, en la que sostuvo la idea de realizar un *European Uniform Commercial Code*¹⁴⁷ o, por lo menos si lo anterior resultaba demasiado ambicioso, un *European Restatement of Contract Law*¹⁴⁸.

En los años siguientes se realizaron importantes esfuerzos tanto en la búsqueda de expertos de todos los Estados miembros de la entonces Comunidad Económica Europea que se sumaran a la causa, como de apoyo financiero. Con el objetivo de poner el proyecto en marcha, se sucedieron reuniones informales en Bruselas en diciembre de 1980 y noviembre de 1981, en las que se contó con el apoyo del Dr. HAUSCHILD y su Dirección General, y con la presencia de juristas de los Estados miembros. En el aspecto financiero

¹⁴⁶ Vid., Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 75; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Los principios Lando», en AA. VV., *Derecho Contractual Europeo*, (director Esteve Bosch Capdevila, coordinador Decanato del Colegio de Registradores de Catalunya), Editorial Bosch, Barcelona, 2009, pp. 152 y LANDO, O., «Prefacio», *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, Edición: Ole Lando y Hugh Beale, (Edición española a cargo de Barres Benlloch P., Embid Irujo J.M. y MartínezSanz F.), Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, p. 15.

¹⁴⁷ Afirman Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., que «Lando se mostró allí a favor de lo que llamó un Código de comercio uniforme para Europa, utilizando seguramente el rótulo de moda del Uniform Commercial Code norteamericano», *op. cit.*, p. 75.

¹⁴⁸ Vid., BONELL, M.J., *An Internacional...*, *op. cit.*, p. 86; Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 75; LANDO, O., «Prefacio», *op. cit.*, p. 15 y ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho Privado Europeo*, (traducción Vaquer Aloy), Civitas, Madrid, 2000, pp. 113 y 114.

tuvo un papel esencial el Servicio Jurídico de la Comisión de las Comunidades Europeas y su Director General, el Dr. Claus EHLERMANN¹⁴⁹.

Los trabajos comenzaron en la reunión celebrada en Hamburgo en noviembre de 1982, que constituye el certificado de nacimiento de la “Comisión de Derecho Europeo de Contratos”, también conocida como “Comisión Lando” en honor a su presidente y *alma mater* Ole LANDO, profesor de Derecho Internacional Privado de la *Copenhagen Business School*¹⁵⁰. Dicha Comisión constituye el primer grupo de trabajo sobre el Derecho Europeo que, sin carácter oficial ni mandato representativo de ningún tipo, está integrada por académicos pertenecientes a los distintos Estados miembros de la Comunidad Europea¹⁵¹ y con el único fin de hacer una propuesta sobre el Derecho de contratos más apropiado para Europa¹⁵², han dirigido sus esfuerzos a la elaboración de unos principios o reglas comunes y generales del Derecho contractual europeo, que desemboquen en la armonización sistemática de este ámbito del Derecho privado. Debe indicarse que esta armonización mediante principios o reglas, sería el propósito a corto plazo, pero LANDO apuntaba otro ulterior más ambicioso al reconocer que «the main purpose of the Principles is to serve as a first draft of a part of a European Civil Code»¹⁵³.

¹⁴⁹ Vid., BONELL, M.J., *An Internacional...*, op. cit., p. 86; Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., op. cit., p. 75; LANDO, O., «Prefacio», op. cit., p. 16 y ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 114.

¹⁵⁰ Sobre la constitución de la “Comisión de Derecho Contractual Europeo”, vid., entre otros: BONELL, M.J., *An Internacional...*, op. cit., p. 86; CAMPUZANO DÍAZ, B., «¿Hacia un Derecho...», op. cit., p. 53; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Los principios Lando», op. cit., p. 153; LANDO, O., «El derecho contractual europeo en el tercer milenio», *Derecho de los Negocios*, 116, 2000, p. 4; MARTÍNEZ SANZ, F., «Principios de Derecho Europeo de los Contratos (Comisión Lando)», en AA. VV., *Derecho Privado Europeo*, (coordinada por Sergio Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2003, p. 193; SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho privado...*, op. cit., pp. 310; ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 114.

¹⁵¹ Como indica LANDO, O., «salvo escasas excepciones, los miembros de dicha Comisión han sido juristas, muchos de los cuales son también abogados en ejercicio; no han sido representantes de intereses políticos o gubernamentales específicos», «El derecho contractual...», op. cit., p. 4.

¹⁵² Vid., LANDO, O., «Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium», *Scandinavian Studies in Law*, <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/40-13.pdf>, p. 363.

La “Comisión Lando” ha trabajado durante casi veinte años¹⁵⁴, siempre bajo la presidencia de LANDO, habiéndose estructurado en tres fases o

¹⁵³ LANDO, O., «Some Features of...», *op. cit.*, p. 364. En este sentido señalan ARROYO I AMAYUELAS, E., VAQUER ALOY, A., que «los PECL pretenden constituir un primer paso en la codificación europea en materia contractual y constituyen el fruto de una ingente actividad comparativista, que se traduce en la formulación de una serie de preceptos de nuevo cuño independientes del Derecho de cada uno de los Estados miembros», «Un nuevo impulso...», *op. cit.*, p. 3.

¹⁵⁴ Existe una amplísima bibliografía, tanto en nuestra doctrina como en la extranjera, sobre la “Comisión Lando” y el texto de los PECL. Pueden consultarse, entre otras: ANTONIOLLI, L., VENEZIANO, A., *Principles of European Contract Law and Italian Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2005; ARROYO I AMAYUELAS, E., VAQUER ALOY, A., «Un nuevo impulso...», *op. cit.*, pp. 2 y 3; BEALE, H., «Towards a Law of Contract for Europe: the work on the Commission on European Contract Law», en AA. VV., *National and European Law on the Threshold to the single Market*, (Weick, G., dir.), Peter Lang, Frankfurt, 1993, pp. 177 a 196; BONELL, M.J., «The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?», *Uniform Law Review*, 26, 1996, pp. 229 a 246; *An Internacional...*, *op. cit.*, pp. 85 a 103 y «Verso un codice europeo dei contratti?», *Europa e Diritto Privato*, 1/1998, pp. 179 a 183; BUSCH, D., «The Principles of European Contract Law before the Supreme Court of the Netherlands- On the Influence of the PECL in Dutch Legal Practice», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 3/2008, pp. 549 a 562; CAMPUZANO DÍAZ, B., «¿Hacia un Derecho...», *op. cit.*, p. 53; CASTRONOVO, C., «I “Principi di Diritto Europeo dei Contratti” e L’idea di Codice», *Rivista del Diritto Commerciale*, 1995, pp. 31 a 38; «Il diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti codice o restatement?», *Europa e Diritto Privato*, 4/1998, pp. 1019 a 1029; «I Principi di diritto europeo dei contratti e il codice civile europeo», *Vita notarale*, 2000, I, pp. 1219 a 1225; «I Principi di diritto europeo dei contratti, parte I e II, Breve introduzione e versione italiana degli articoli», *Europa e Diritto Privato*, 2/2000, 249 a 252 y «Il contratto nei Principi di diritto europeo», *Europa e Diritto Privato*, 4/2001, pp. 787 a 824; Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*; DiMATTEO, L., «Contract Talk: Rewriting the Historical and Practical Significance of the Principles of European Contract Law», *Harvard International Law Journal*, 43, 2002, pp. 569 a 581; ESPIAU ESPIAU, S., «La Codificación del Derecho Civil Catalán en el Proceso de Unificación del Derecho Europeo», en AA. VV., *Derecho Privado y Constitución*, número 14, 2000, pp. 63 a 127 y «Unification of the European law of obligations and codification of Catalan civil law», en AA. VV., *Regional Private Laws and Codification in Europe*, (edited by Hector L. MacQueen, Antoni Vaquer y Santiago Espiau Espiau), Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 172 a 198; FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S.L., *Los Principios Unidroit y los Principios Europeos: nuevos islotes de lex mercatoria*, <http://www.aaba.org.ar/plen912p.htm>, pp. 1 a 5; GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., «La unificación del...», *op. cit.*, p. 1790 y 1791; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Los principios Lando», *op. cit.*, pp. 151 a 182; HESSELINK, M.W., «The Principles of European Contract Law: Some Choices Made By The Lando», *Principles of European Contract Law*, (ed. M.W. Hesselink, G.J.P. de Vries), Kluwer, 2001, pp. 9 a 103 (consultado en http://www.verenigingvoorbuergerlijkrecht.nl/pdf_files/preadviezen/2001%20Preadvies%202001%20Hesselink%20en%20De%20Vries.PDF); LANDO, O., «Some Features of...», *op. cit.*, pp. 343 a 401; «El derecho contractual europeo...», *op. cit.*, pp.1 a 20; «The Structure and the Salient Features of the Principles of European Contract Law», *Jurídica Internacional*, VI/2001, pp. 4 a 15; «Principles of European Contract Law and Unidroit Principles: Similarities, Differences and Perspectives», en AA. VV., *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, (diretto da M. J. Bonell), Roma, 2002, w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/49lando.pdf, pp. 1 a 14 y

comisiones cronológicamente sucesivas, cuyo fruto son los Principios de Derecho Contractual Europeo, que constituyen un único texto, aunque hayan sido publicados en tres partes, una por cada Comisión:

- La primera Comisión¹⁵⁵ desarrolló sus trabajos entre noviembre de 1982 (Hamburgo) y diciembre de 1990 (Oxford). Sus esfuerzos se centraron en el establecimiento de disposiciones generales, tales como su ámbito de aplicación, deberes generales y concreción de definiciones y términos, así como en el estudio y redacción de reglas relativas al cumplimiento,

«The future development of European civil and commercial law», en AA. VV., *Derecho Patrimonial Europeo*, (coordinadores Guillermo Palao Moreno, Lorenzo Prats Albentosa y María José Reyes López), Monografía Asociada a Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, número 10 Thonson. Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 231 a 240; MARTÍNEZ SANZ, F., «Principios de Derecho...», *op. cit.*, pp. 193 a 198 y «Preliminar a la versión española», *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, Edición: Ole Lando y Hugh Beale, (Edición española a cargo de Barres Benlloch P., Embid Irujo J.M. y Martínez Sanz F), Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, pp. 5 a 8; MASIDE MIRANDA, J.E., «El futuro Código...», *op. cit.*, pp. 1799 a 1803; MEYER, L., «Soft Law for Solid Contracts? A Comparative Analysis of the Value of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law to the Process. Of Contract Law Harmonization», *Denver Journal of International Law and Policy*, 2006, pp. 119 a 155; MORALES MORENO, A.M., *La Modernización del...*, *op. cit.*; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «Importancia de la tensión “civil law-common law” en la elaboración de los principios del derecho contractual europeo», en AA.VV., *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa*, (editores Sixto Sánchez Lorenzo y Mercedes Moya Escudero), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 293 a 314; PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., «La aplicación jurisprudencial...», *op. cit.*, pp. 1 a 24; SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho privado...*, *op. cit.*, pp. 308 a 316; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «La unificación del derecho privado europeo: los principios de derecho contractual europeo de la Comisión Lando», en AA. VV., *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa*, (editores Sixto Sánchez Lorenzo y Mercedes Moya Escudero), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 235 a 262; VATTIER FUENZALIDA, C., «Los “Principles of european Contract Law”: un nuevo paso hacia la armonización de las obligaciones contractuales en la Unión Europea», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1998, pp. 1129 a 1132; VENDRELL CERVANTES, C., «PECL in Spain», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 3/2008, pp. 534 a 548 y ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 115 a 117 y «*Ius Commune* and The Principles of European Contract Law: Contemporary Renewal of an Old Idea», en AA. VV., *European Contract Law. Scots and South African Perspectives*, (H.L. MacQueen y R. Zimmermann eds.), Edinburgh University Press, 2006, pp. 1 a 43. Para más información *vid.* la página web de la “Comisión Lando”, http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/index.html

¹⁵⁵ Los miembros de la primera Comisión fueron: BEALE, H. (desde 1987), BERCOVITZ, A. (desde 1986), BERLIOZ-HOUIN, B. (hasta 1986), BIANCA, M., BONELL, M.J., MAGELHÃES COLLAÇO, I. (desde 1986), DROBNIG, U., ELVINGER, A., EVRIGENIS, D., (hasta 1986), GOODE, R.M., HORMANS, G., HOUIN, R., (hasta 1986), KERAMEUS, K. (desde 1987), LANDO, O., MCMAHON, B., ROUHETTE, G. (desde 1987), TALLON, D., WADE, J.A., VAN DER VELDEN, F.J.A., WILSON, W.

incumplimiento y sistema de remedios ante el incumplimiento, que justificaron por el especial interés que suscitaba el derecho patológico de los contratos¹⁵⁶.

- La segunda Comisión¹⁵⁷ trabajó entre septiembre de 1992 (Gante) y mayo de 1996 (Estocolmo), habiendo realizado una doble labor; una, de elaboración de las reglas referentes a la formación del contrato, el poder de representación, la validez, interpretación, contenido y efectos de los contratos; y otra, una revisión de los trabajos de la primera Comisión¹⁵⁸.

- La tercera Comisión¹⁵⁹ desarrolló sus trabajos desde 1997 hasta febrero de 2001, fecha en la que quedó disuelta la “Comisión Lando”,

¹⁵⁶ Los trabajos de la primera Comisión vieron la luz en el año 1995, bajo el título: LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Part I: Performance, Non-performance and Remedies*, (Prepared by The Commission on European Contract Law. Chairman: Professor Ole Lando), Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1995, que se agotó en el año 1997. También existe una versión en francés: *Les principes du droit européen du contrat, L'exécution, inexécution et ses suites*, (version française, De Lamberterie I., Rouhette G. y Tallon D.), La documentation Française, París, 1997. Sólo de los artículos existe una versión en alemán: *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*.

¹⁵⁷ Los miembros de la segunda Comisión fueron: VON BAR, C., BEALE, H., BONELL, M.J., BRIDGE, M., CASTRONOVO, C., MAGELHÃES COLLAÇO, I., DROBNIG, U., ELVINGER, M., HARTKAMP, A., HONDIUS, E., HORSMANS, G., KERAMEUS, K., LANDO, O., MCQUEEN, H. (desde 1995), MCMAHON, B., POSCH, W. (desde 1995), RAMBERG, J. (desde 1995), ROUHETTE, G., SALVADOR CODERCH, P., STORME, M.E., TALLON, D., WILHELMSSON, T. (desde 1995).

¹⁵⁸ Con posterioridad a la primera parte de los PECL ha sido publicada una segunda, donde se contiene también una versión revisada de las reglas de la primera: LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II, Combined and Revised*, (Prepared by The Commission of European Contract Law. Chairman: Professor Ole Lando), Edited by Ole Lando and Hugh Beale, Kluwer Law International, The Netherlands, 2000. De la que existen, entre otras, las siguientes versiones en italiano y español: *Principi di Diritto Europeo dei Contratti. Parte I y II. (Commissione per il Diritto Europeo dei Contratti. Pres. Ole Lando)*, (versione italiana a cura di Carlo Castronovo), Giuffrè Editore, Milano, 2001 y *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, Edición: Ole Lando y Hugh Beale, (Edición española a cargo de Barres Benlloch P., Embid Irujo J.M. y Martínez Sanz F.), Colegios Notariales de España, Madrid, 2003. Existen en castellano también las siguientes traducciones sólo de los artículos: SCHULZE, R., ZIMMERMANN, R., *Textos Básicos de Derecho Privado Europeo. Recopilación*, (Presentación y coordinación de la edición española, estudio preliminar y anotaciones de Derecho español y europeo de Esther Arroyo i Amayuelas), Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 449 y ss. y DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*

¹⁵⁹ Los miembros de la tercera Comisión han sido: VON BAR, C., BEALE, H. (hasta 2000), ELVINGER, M. (hasta 1999), BONELL, M.J., BRIDGE, M., CASTRONOVO, C., CLIVE, E. (desde 2000), DROBNIG, U., FERREIRA DE ALMEIDA, C., GOODE, R.M., HARTKAMP, A., HONDIUS, E., KERAMEUS, K.,

completando la labor de las dos anteriores Comisiones con aquellas cuestiones que consideraron esenciales, desde una perspectiva moderna, para la regulación de las obligaciones y contratos, tales como la pluralidad de sujetos en la relación obligatoria, la cesión de créditos, la asunción de deuda y cesión del contrato, la compensación, la prescripción, los efectos de la ilicitud de los contratos, las condiciones y la capitalización de intereses¹⁶⁰.

Por lo que respecta a la organización interna, cada Comisión ha contado con un grupo de redacción o relatores¹⁶¹ y otro de edición¹⁶². El método de trabajo consistía en que un relator realizaba la redacción de los artículos con sus respectivos comentarios y notas de Derecho comparado que, después, eran sometidos a los demás relatores en el grupo de redacción, quienes terminaban de prepararlos para su posterior presentación a todos los miembros de la Comisión. Una vez que los textos eran debatidos, podían ser aprobados, modificados o devueltos al relator y al grupo de redacción, para que nuevamente trabajaran sobre las cuestiones señaladas por la Comisión. Finalmente, una vez aprobados por la Comisión, un grupo de edición se encargaba de adoptar una terminología adecuada y de la presentación

LANDO, O., MCQUEEN, H., MARTÍNEZ SANZ, F., MCMAHON, B., POSCH, W., PRÜM, A. (desde 1999), RAMBERG, J., STORME, M.E., TALLON, D., WILHELMSSON, T., WITZ, C. Y ZIMMERMANN, R.

¹⁶⁰ Los trabajos de la “Comisión Lando” terminaron con la publicación de: *Principles of European Contract Law. Part III*, (Prepared by The Commission of European Contract Law. Chairman: Professor Ole Lando), Edited by Ole Lando and Hugh Beale, Kluwer Law International, The Netherlands, 2003. También existe una versión española: *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte III. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, Edición: Ole Lando y Hugh Beale, (Edición española a cargo de Barres Benlloch P., Embid Irujo J.M. y Martínez Sanz F.), Colegios Notariales de España, Madrid, 2007.

¹⁶¹ Los relatores miembros del grupo de redacción de la primera Comisión fueron BEALE, H. (desde 1987), DROBNIG, U., GOODE, R.M., LANDO, O. y TALLON, D., de la segunda los mismos salvo la sustitución de GOODE, R.M. por HONDIUS, E. En la tercera Comisión, a diferencia de las dos anteriores en las que hubo cinco relatores, sólo hubo cuatro, que fueron BEALE, H., DROBNIG, U., LANDO, O. y ZIMMERMANN, R.

¹⁶² Los grupos de edición estuvieron compuestos: en la primera Comisión por MCMAHON, B., MAGELHÃES COLLAÇO, I. ROUHETTE, G. (como presidente) y WILSON, W.; en la segunda por BRIDGE, M., MCMAHON, B., ROUHETTE, G. (como presidente) y CASTRONOVO, C.; y en la tercera, por CLIVE, E. (como presidente), LANDO, O., PRÜM, A. y ZIMMERMANN, R.

definitiva del texto. A las reuniones de las Comisiones asistía un secretario encargado de levantar acta de las mismas¹⁶³.

4.3. Objetivos y beneficios de los PECL

En la Introducción¹⁶⁴ de la publicación de las partes primera (revisada) y segunda de los PECL se afirma que la consolidación del ingente acervo comunitario de normas relativas a contratos específicos ha puesto de manifiesto la necesidad de dotar a la Unión Europea de una infraestructura común del Derecho de la contratación. Por ello la “Comisión Lando” elaboró unos principios o reglas contractuales de ámbito europeo¹⁶⁵. Se indica que con tales principios se obtendrían una serie de beneficios, tales como el fomento del comercio transfronterizo dentro de Europa y el fortalecimiento del mercado único europeo, dotar a la Unión Europea de una infraestructura para sus leyes en el campo de la contratación, la previsión de unas guías para tribunales y legisladores nacionales, y por último, la construcción de un puente entre los sistemas de *Civil Law* y *Common Law*¹⁶⁶. A continuación establece los objetivos o propósitos que persiguen con los PECL: una base para la legislación

¹⁶³ La Secretaría fue desempeñada en la primera Comisión por REMIEN, O., salvo en la octava reunión en la que intervino KLINKENBERG, H.; en la segunda STORME, M.E.; y en la tercera por MEIER, S. y RUSCH, K.

¹⁶⁴ LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. xxi.

¹⁶⁵ En este sentido *vid.* DíEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 76.

¹⁶⁶ LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, pp. xxi a xxiii. Como ha indicado GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., la necesidad de construir un sistema de reglas contractuales de ámbito europeo encuentra su justificación en las siguientes premisas: «los europeos comparten patrones de conducta contractuales, tienen un trasfondo común de valores y -en gran medida- un método de argumentación jurídica que traspasa las fronteras nacionales a través de siglos de experiencias alimentadas desde la recepción del Derecho romano; la construcción del mercado único exige suprimir las barreras representadas por la diversidad legislativa y las insuficiencias de las reglas de conflicto; los europeos pueden ser destinatarios de las mismas normas jurídicas que posibiliten la aproximación jurisprudencial -con independencia del lugar en el que el conflicto se suscite- con tal de que tales normas sean lo suficientemente claras y breves y ofrezcan la flexibilidad necesaria para que el desarrollo imparable del Derecho no quede encerrado en la prisión de las palabras que un día formulara la mano anónima de un legislador», «Los principios Lando», *op. cit.*, p. 152.

europea, que sean adoptados expresamente por las partes, constituir la formulación de una *lex mercatoria* moderna, servir de modelo para el desarrollo judicial y legislativo del Derecho contractual, y facilitar la armonización del Derecho de los contratos dentro de Europa¹⁶⁷.

En los siguientes apartados realizaremos un análisis conjunto de cada objetivo con sus respectivos beneficios.

4.3.1. Los PECL como manifestación de una moderna *lex mercatoria* europea adoptada por las partes: sus repercusiones en el comercio europeo

El objetivo de los PECL de constituir una nueva *lex mercatoria* europea refleja su finalidad a corto plazo. Expresamente, en su artículo 1:101, se indica que serán aplicables cuando los contratantes hubieran convenido su incorporación al contrato, o que éste quede sometido a los PECL. Igualmente, resultarán aplicables cuando se haya acordado que el contrato se regule por los *principios generales del derecho* o la *lex mercatoria*; y por último, también se aplicarán los PECL al contrato, cuando no se haya establecido qué derecho lo regula¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Con buen criterio GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., ha afirmado que en el trasfondo del espíritu de la “Comisión Lando” late el ideal armonizador, «pero lo que sea la armonización puede describirse de distintas maneras: como unificación normativa, aunque el texto unificado sólo sea soft law, derecho optativo (*opt-in*), incluso a la manera descrita últimamente como la alternativa *blue button*; como principios generales o trasfondo común que sirva a la integración del fragmentario y disperso Derecho europeo de contratos y obligaciones; como punto de referencia común para contrastar criterios y soluciones, en un doble sentido: inspiración para el legislador, de un lado, y elemento de interpretación e integración para la jurisprudencia, de otro. Todavía se había añadido otra función, ésta a corto plazo, cual era la elección por las partes contractuales como disciplina aplicable en torno a la posibilidad efectiva de elegir como Derecho aplicable a un contrato internacional un Derecho no estatal», «Los principios Lando», *op. cit.*, pp. 165 y 166.

¹⁶⁸ Sobre el papel de los PECL como expresión de una nueva *lex mercatoria* europea, *vid.*, entre otros, DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 78; HESSELINK, M.W., «The Principles of...», *op. cit.*, p. 24 y 25; LANDO, O., «El derecho contractual europeo...», *op. cit.*, pp. 4 a 9; LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. xxiv; MARTÍNEZ SANZ, F., «Principios de Derecho...», *op. cit.*, p. 194; SÁNCHEZ LORENZO,

De lo anterior se colige que los PECL ofrecen a los operadores del tráfico económico un conjunto de reglas generales neutras que, sin basarse en un sistema jurídico concreto, regulen sus contratos. Además, los PECL tienen la ventaja de que al no ser tributarios de ningún Ordenamiento jurídico nacional, ofrecen las mejores soluciones extraídas tanto de los sistemas nacionales como de los demás modelos que han tenido en cuenta en su redacción, ya sea la CISG, los PICC, el *Restatement* americano y el UCC.

La formulación y aceptación de los PECL como una nueva *lex mercatoria*, teniendo siempre presente que no sólo resultarían aplicables a los contratos celebrados entre empresarios, sino también con consumidores, también ofrece la ventaja de otorgar seguridad respecto al Derecho que regirá sus relaciones jurídicas. Pensemos en los supuestos en que las partes acuerdan que su contrato se regule por los principios contractuales generalmente aceptados a nivel internacional, o que no deseen someter su negocio a un concreto sistema jurídico, o, incluso, que no resulte claro determinar qué Derecho resulta aplicable a su vinculación contractual. En estos supuestos en los que la opción fuera la aplicabilidad de la *lex mercatoria* podría darse el caso de que ante el sometimiento de la controversia a un arbitraje, los árbitros encontraran dificultades a la hora de determinar qué principios o reglas integran dicha *lex mercatoria*. Por ello los PECL tendrían la ventaja de otorgar una seguridad y previsibilidad en relación al Derecho aplicable, al formar parte de la *lex mercatoria*¹⁶⁹.

s., *Derecho privado...*, op. cit., pp. 311 y 312; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «La unificación del...», op. cit., pp. 258 y 259 y ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 116.

¹⁶⁹ El papel de los PECL como parte de la *lex mercatoria* se refleja en la base de datos Unilex, en la que se encuentran sentencias y laudos arbitrales en los que se aplican junto a la CISG y los PICC. Vid., entre otros, el laudo del American Arbitration Association de 12 de diciembre de 2007, Macromex Srl. v. Globex International Inc. (www.unilex.info/case.cfm?id=1346); la sentencia del Supremo Tribunal de Justiça de Portugal de 21 de octubre de 2010 (www.unilex.info/case.cfm?id=1653); la sentencia de la Hoge Raad der Nederlanden de 8 de julio de 2011 (www.unilex.info/case.cfm?id=1612) y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 30 de agosto de 2011, Fernando González Luque v. Compañía Nacional de Microbuses Comnalmicros S.A. (www.unilex.info/case.cfm?id=1657).

Esta configuración de los PECL como *lex mercatoria* aplicable por deseo de las partes o, por cualquier otro motivo, al contrato, redundaría en beneficio de la potenciación y fomento del comercio transfronterizo dentro de Europa¹⁷⁰, puesto que las dificultades observadas por la existencia de diferentes Ordenamientos jurídicos, con las dosis de inseguridad y desconfianza que conllevan, vendrían paliadas al conocer anticipadamente las partes que son las reglas de los PECL las que rigen su contrato. Como medida de armonización, afirman Díez-PICAZO ET ALII que los PECL «tratan de eliminar las diferencias entre los Derechos nacionales, que son enemigas de una conducta eficiente en los negocios. En lugar de ello, ofrecen un conjunto de reglas que se pueden aplicar en los territorios de todos los Estados y que se encuentran disponibles en lenguas bien conocidas»¹⁷¹.

La existencia de unos principios unitarios de Derecho de los contratos, además de fomentar el comercio transfronterizo europeo, contribuiría al fortalecimiento de su mercado único. Difícilmente es concebible un mercado único con Derechos diferentes, puesto que éstos representan un obstáculo para los operadores, pues conllevan inseguridad sobre la normativa aplicable y mayores costes¹⁷² que muchos no pueden asumir¹⁷³.

¹⁷⁰ Acerca de la repercusión que los PECL pueden tener en el fomento del comercio transfronterizo en Europa, *vid.*, Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 76; LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. xxi; MASIDE MIRANDA, J.E., «El futuro Código...», *op. cit.*, p. 1801 y ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 115.

¹⁷¹ En este sentido *vid.* Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 76.

¹⁷² La Unión Europea dispone de diversos estudios sobre los mayores costes que suponen para el comercio transfronterizo las diferencias normativas, tales como el Eurobarómetro 320 sobre el Derecho contractual europeo en las operaciones entre empresas, de 2011, p. 15, y el Eurobarómetro sobre el Derecho contractual europeo en las operaciones con consumidores, de 2011, p. 19. También pueden consultarse la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre “una normativa común de compraventa europea para facilitar las transacciones transfronterizas en el mercado único”, de 11 de octubre de 2011, COM (2011) 636 final, pp. 2 a 5 y la Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea, de 11 de octubre de 2011, COM (2011) 635 final, pp. 2 y 3. *Vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., «Un derecho privado...», *op. cit.*, p. 67 y 68.

4.3.2. Dotar a la Unión Europea de una infraestructura en el campo del Derecho de los contratos para que sirva de base a su legislación

Ya han sido puestas de manifiesto las graves aporías y lagunas detectadas en la legislación comunitaria, que impiden u obstaculizan la plena armonización. A nivel comunitario existe un importante aparato normativo, principalmente de Directivas, que han tratado de forma sectorial distintos tipos de contratos, habiendo tenido un especial protagonismo las normas destinadas a regular la protección de los consumidores. Estas normas se han preocupado de tratar temas relativos a los seguros, crédito al consumo, venta a distancia, garantías de las ventas de consumo, etc., pero no existe una normativa general sobre formación del contrato, validez de los mismos, remedios frente al incumplimiento y demás cuestiones generales de los contratos, a lo que tampoco han ayudado las diferencias existentes entre los diversos sistemas jurídicos de los Estados miembros, así como la falta de una terminología común. Ante este panorama, la “Comisión Lando” también pretende que los PECL constituyan el esqueleto o la infraestructura básica que sirva de referencia y apoyo a las normas dictadas por la Unión Europea, lo que no sólo facilitaría la labor legislativa a nivel comunitario, sino que también influiría en los jueces, árbitros y demás profesionales del Derecho a la hora de aplicar e interpretar las normas comunitarias. Ello pone de manifiesto el carácter bidireccional de los PECL: por una parte, para limar las diferencias entre los Ordenamientos jurídicos nacionales; y por otra, ser la base del Derecho de los contratos comunitarios¹⁷⁴. Como indica ZIMMERMANN, los PECL ofrecen «unos

¹⁷³ *Vid.*, DíEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 76 y LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. xxi.

¹⁷⁴ En relación a los PECL como instrumento para la creación de una infraestructura para la normativa comunitaria en materia de contratos, *vid.*, entre otros: DíEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 76 y 77; LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p.xxii;

fundamentos generales conceptuales y sistemáticos como medida para avanzar en la armonización del derecho contractual en el marco de la UE»¹⁷⁵.

Además, la “Comisión Lando” se muestra especialmente ambiciosa cuando afirma que, a largo plazo, su texto podría servir como base de un futuro Código Europeo de Contratos¹⁷⁶. Idea ésta alimentada posteriormente por las Resoluciones del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989 y de 6 de mayo de 1994, en las que se instaba el comienzo de los trabajos preparatorios de un Código de contratos¹⁷⁷. Lo que resulta innegable, tras los acontecimientos posteriores a los PECL, es que sí han resultado ser la base de lo que después se bautizó como el DCFR que, como analizaremos posteriormente, ha bebido en ellos.

¹⁷⁵ ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 115.

¹⁷⁶ LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. xxiii. *Vid.*, también Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 77; HESSELINK, M.W., «The Principles of...», *op. cit.*, p. 23 y 24 y ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 116.

¹⁷⁷ Respecto a la influencia de los PECL en la futura redacción de un Código Europeo de Contratos, señala GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., que tenían como objetivo «dar el primer paso para un Código Europeo de contratos, y LANDO probablemente uno de sus más ardientes defensores: “Uno de los objetivos [...] es servir de base para cualquier futuro Código europeo de contratos. Podrían constituir un primer paso en ese trabajo”. Y no se trataba simplemente de un desideratum de un grupo de estudiosos. Como es bien sabido, los trabajos de la comisión se desarrollaron a lo largo de un período en el que el Parlamento Europeo manifestaba en sucesivas resoluciones la Conveniencia del Código. Y la Comunicación de la Comisión Europea de 11 de julio 2001 antes citada, se hacía eco del trabajo “académico” realizado por distintos grupos, como paso previo indispensable para cualquier decisión sobre un futuro Derecho europeo unificado; pues sin necesidad de un pronunciamiento en tal sentido, será siempre necesario -desde el punto de vista de la eventual aceptación generalizada de un instrumento de este tipo- que contuviera aquellas soluciones que hubieren demostrado su acierto para los problemas actuales. No quiere esto decir que todos los miembros de la CECL tuvieran la misma visión sobre la necesidad de hacer un Código de contratos. H Beale se manifiesta simplemente en contra. Pero la Comunicación de la Comisión de 2001 daría un sesgo distinto a todo el planteamiento. Lo que hasta entonces tenía el sesgo de un debate “romántico” entre académicos, saltaba a la palestra con la exigencia de compromiso, cuya trascendencia obligaba a “tomar partido”», «Los principios Lando», *op. cit.*, pp. 165 y 166.

4.3.3. La creación de una guía que sirva de modelo a los jueces y legisladores para la solución de problemas y la evolución de su Derecho contractual nacional

Para la elaboración de los PECL, la “Comisión Lando” ha estudiado los Derechos nacionales de todos los Estados miembros de la Unión Europea, así como la forma en que otros instrumentos normativos, principalmente la CISG y los PICC, abordan los problemas centrales que se plantean en el Derecho de los contratos. Por ello los PECL son el resultado del núcleo común de las soluciones de los problemas que surgen en el campo contractual, pero debe tenerse presente que no sólo se han limitado a recopilar soluciones sino que también tienen un marcado carácter progresista, en el sentido de evolucionar las soluciones existentes, bien por no considerarlas totalmente satisfactorias, o por no responder adecuadamente a las actuales necesidades del tráfico. Son muchas las cuestiones en las que los PECL ofrecen soluciones más satisfactorias que las que derivan del enfoque y razonamiento de los Derechos nacionales. Como ejemplo se pueden citar la noción unitaria de incumplimiento y el sistema articulado y armonizado de remedios¹⁷⁸. De lo anterior deriva que los PECL resulten un instrumento útil a jueces y árbitros para solucionar conflictos que en el Derecho que tienen que aplicar no se encuentran convenientemente tratados¹⁷⁹. Como se analizará en otro apartado, son

¹⁷⁸ LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. xxii.

¹⁷⁹ Sobre la influencia que los PECL puedan tener en los laudos de arbitraje y en las jurisprudencias nacionales, indica GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., que «no existe por el momento una base de datos que de modo exhaustivo muestre la aplicación efectiva de los PECL. Respecto de su aplicación como fundamento de laudos arbitrales, puede acudir a las bases de datos que recogen las decisiones en las que se han citado junto con los Principios Unidroit. De todas formas, cabe sospechar que la presencia de los PECL será menor, dado que en contratos internacionales parece tener más sentido la invocación de reglas pensadas para las relaciones entre empresarios. Lo mismo cabría decir del contrato nacional, al menos si es contrato mercantil. Si se trata de un contrato mixto, no se olvide que conforme a lo dispuesto en el art. 90.1 TRLGDCU es abusiva la cláusula que establezca la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, con las salvedades que el propio precepto prevé. Por lo que se refiere a su aplicación por los tribunales, aunque tampoco existe una base de datos exhaustiva, la labor se está realizando merced al trabajo del denominado Database Group. Con todo, puede señalarse un eco importante en la argumentación jurisprudencial, en el sentido que sigue. El TJCE los ha citado en una ocasión, para rechazar que puedan ser invocados en una

numerosas las sentencias de nuestro Tribunal Supremo que citan artículos de los PECL en sus pronunciamientos¹⁸⁰. Además, está sirviendo de inspiración a los legisladores nacionales en la reforma del Derecho de los Contratos. Como se indica en la Introducción de las partes primera y segunda de los PECL, la Comisión confía en que sus reglas sean tenidas en cuenta por los legisladores de las democracias más recientes del Centro y del Este de Europa para la reforma de su Derecho contractual¹⁸¹. En este sentido debe indicarse la influencia que los PECL han ejercido en la reforma alemana del Derecho de obligaciones. El día 1 de enero de 2001 entró en vigor la Ley de Modernización del Derecho de obligaciones del Código Civil alemán¹⁸², que ha tenido presente las reglas de los PECL en lo relativo a la prescripción extintiva¹⁸³ y a la responsabilidad por incumplimiento¹⁸⁴.

pretensión no contractual y, de otro lado, se encuentran alusiones en al menos cuatro ocasiones en las "Conclusiones" del Abogado General, en relación con los siguientes temas: las normas generales de interpretación de los contratos; la interpretación de la Directiva 1999/44, sobre los remedios del comprador en caso de falta de conformidad y los límites a la pretensión de ejecución en forma específica; la existencia de un plazo de prescripción extintiva para el ejercicio de los derechos como un principio común a las leyes de los Estados Miembros; el carácter accesorio de la obligación de pago de intereses, en relación con los intereses de demora. En cuanto a la Jurisprudencia nacional, la *House of Lords* inglesa fue una de las primeras en aludir a su contenido en relación con el concepto de buena fe en la Directiva sobre cláusulas abusivas. En otros países la referencia expresa no existe, aunque en algunos se tiene en cuenta en la opinión de los abogados generales. Sin duda, los Tribunales españoles parecen ser los más prolíficos; son ya más de veinte las sentencias del Tribunal Supremo y numerosos los pronunciamientos de Audiencias Provinciales en las que los PECL aparecen en los Fundamentos», «Los principios Lando», *op. cit.*, pp. 172 a 174.

¹⁸⁰ Vid. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Los principios Lando», *op. cit.*, pp. 173 a 177 y PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., «La aplicación jurisprudencial...», *op. cit.*, pp. 1 a 24.

¹⁸¹ LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. xxiv. En este sentido Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 78; ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 116.

¹⁸² *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrecht.*

¹⁸³ El nuevo párrafo 195 del BGB establece un plazo ordinario o general de prescripción de tres años tanto para las pretensiones contractuales como para las extracontractuales. Vid., ZIMMERMANN, R., «*Ius Commune and...*», *op. cit.*, nota al pie núm. 216, p. 37. Sobre la regulación de la prescripción en los PECL y en el DCFR consultar DOMÍNGUEZ LUELMO, A. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., «La prescripción en los PECL y en el DCFR», *InDret 3/2009*, (w.w.w.indret.com), pp. 1 a 29.

¹⁸⁴ Vid., ALBIEZ DOHRMANN, K.J., «La modernización del derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del derecho privado», *Revista de Derecho Privado*, 2002, pp. 187 a 206; INFANTE RUIZ, F.J., «Apuntes sobre la reforma alemana del Derecho de

Por último, debe destacarse, aunque será objeto de análisis posterior, la repercusión que los PECL han tenido en nuestra Comisión General de Codificación.

4.3.4. La armonización como mecanismo de acercamiento entre los sistemas jurídicos de *Civil Law* y de *Common Law*

El último de los objetivos que persiguen los PECL es servir de base para facilitar la armonización entre los diferentes sistemas jurídicos europeos, representados principalmente por los de *Civil Law* y de *Common Law*, sin olvidar a los países escandinavos¹⁸⁵. En esa tarea de armonización jugarían un papel relevante los PECL, al ser la expresión del núcleo común del Derecho de los contratos de los países europeos, por lo que serían un puente o mediador entre tales sistemas¹⁸⁶.

Uno de los grandes problemas con los que se ha encontrado la integración jurídica europea ha sido la existencia de la tradicional dicotomía entre los Ordenamientos jurídicos tributarios del *Civil Law* y los del *Common Law*. Entre sus diferencias se puede indicar el distinto alcance que en ellos tiene el principio de la buena fe¹⁸⁷, la aceptación de las cláusulas penales¹⁸⁸ o,

Obligaciones: la necesitada modernización del derecho de obligaciones y la gran solución», *Revista de Derecho Privado*, 2002, pp. 153 a 171 y LAMARCA MARQUÈS, A., «La modernización del derecho alemán de obligaciones: la reforma del BGB», *InDret Barcelona Abril de 2001*, (w.w.w.indret.com), pp. 1 a 10.

¹⁸⁵ LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, op. cit., p.xxiv.

¹⁸⁶ LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, op. cit., pp.xxii y xxiii. Vid., también, entre otros: MARKESINIS, B., *The Gradual Convergence. Foreign Ideas, Foreign Influences, and English Law of the Eve of the 21 st Century*, Clarendon Press, Oxford, 1994y ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 115.

¹⁸⁷ En los sistemas de *Civil Law* la buena fe es un principio general del Derecho que tiene un efecto propagador por todo el Ordenamiento jurídico, en cambio, en los de *Common Law* la buena fe no goza de tal carácter, y tiene un ámbito de aplicación más restringido, aplicándose únicamente en determinados supuestos. No obstante lo anterior, sí existen determinadas reglas específicas que logran los mismos resultados que el principio general de

incluso, el tradicional papel que la culpa ha tenido en la indemnización de los daños contractuales en los sistemas de *Civil Law*, y que es desconocida en los del *Common Law*. También se ha indicado, como afirman Díez-PICAZO ET ALII, «que en un gran número de casos los problemas, que son comunes, se resuelven de la misma forma, por lo que las mayores diferencias son más bien de terminología, de la forma que adopta el razonamiento o del punto de vista seguido en los conceptos fundamentales»¹⁸⁹.

4.4. Características generales de los PECL

De la Introducción de las partes primera y segunda de los PECL, junto a su propio texto, se extraen las siguientes características generales¹⁹⁰:

- Como afirman LANDO y BEALE, los PECL pretenden identificar «the common core of the contract law of all the Member States of the Union»¹⁹¹. Por ello vendrían caracterizados por representar el “núcleo común”, o como también los denomina MARTÍNEZ SANZ, representante español en la tercera Comisión, el «mínimo común denominador» del Derecho europeo de los contratos, lo que matiza señalando que «aunque, en sentido estricto, tampoco sea cierto, pues son bastantes las soluciones acogidas que no son conocidas

buena fe, por lo que por diferentes caminos llegan a soluciones similares. Vid. LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, op. cit., p.xxiii y LANDO, O., «El derecho contractual europeo...», op. cit., pp. 16 a 18 y con más detalle MEYER, R, *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition*, Göttingen, 1994.

¹⁸⁸ En los Ordenamientos de *Civil Law* son válidas las cláusulas penales, que tienen como efecto principal disuadir a la parte deudora que incumpla el contrato. En cambio, en los del *Common Law*, no tienen eficacia, al ser consideradas inconvenientes e inejecutables. Vid. LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, op. cit., p. xxiii.

¹⁸⁹ En este sentido vid. Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., op. cit., p. 77. Vid. también LANDO, O., «El derecho contractual europeo...», op. cit., pp. 2 y 3.

¹⁹⁰ Sobre el análisis de las características generales o esenciales de los PECL, vid., entre otros: Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., op. cit., pp. 78 a 80 y HESSELINK, M.W., «The Principles of...», op. cit., p. 9 a 103.

¹⁹¹ LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, op. cit., p. xxvi. En el mismo sentido HESSELINK, M.W., «The Principles of...», op. cit., pp. 12 y 13.

en determinados ordenamientos»¹⁹². Seguramente, el éxito de los PECL ha sido que, para contribuir a la unificación del Derecho europeo de los contratos, han involucrado a juristas de todos los países miembros, y no sólo han tenido en cuenta los Derechos nacionales, no anclándose en ninguno en concreto, sino que también han mirado las soluciones imperantes en otros sistemas jurídicos, para con este trabajo de campo, realizar una labor creativa «intentando establecer lo que el Derecho contractual debe ser. Los PECL se han podido así describir como el último estadio de una evolución del *ius commune* europeo -el “fruto de una experiencia jurídica genuinamente europea”- disgregado desde hace más de 200 años por obra de la codificación, pero avanzando hacia el futuro en un “desarrollo progresivo” y aportando lo que se ha calificado como el reflejo de tendencias más modernas sobre formación del contrato, contenido, efectos y remedios en caso de incumplimiento»¹⁹³.

- El establecimiento de un lenguaje jurídico común es otra de las características que ofrecen los PECL¹⁹⁴. La “Comisión Lando” ha afirmado que

¹⁹² MARTÍNEZ SANZ, F., «Principios de Derecho...», *op. cit.*, p. 195. Por su parte, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., niega que los PECL puedan tener la consideración de un “mínimo común denominador”, pero estimo que en sus reflexiones llega a la misma conclusión que el anterior autor, puesto que afirma que «los PECL evitarían el protagonismo de uno u otro de los distintos sistemas y su empeño no sería alumbrar en todo caso el mínimo común denominador jurídico europeo; habrían intentado, dentro del respeto a esta tradición en la que además se habían formado los miembros de la comisión, la *best solution*, desde un punto de vista funcional», «Los principios Lando», *op. cit.*, pp. 157 y 158.

¹⁹³ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Los principios Lando», *op. cit.*, p. 158.

¹⁹⁴ Sobre la importancia de que los PECL hayan establecido un lenguaje jurídico común afirma HESSELINK, M.W., que «one of the most important benefits of the European private law movement has been that academic debate on private law has rapidly become international. In my view the most important achievement of the Lando Commission is that it has provided us with a common language for that debate. Probably the most important function of the PECL will be that they provide us with a common European language for discussions on contract law. This common language provides us with a clear, efficient and sufficiently neutral framework for a fruitful European discussion on contract law. It helps us to formulate the various conflicts. And it is highly accessible and thus allows everyone to participate in the debates. This common language is not meant to replace the national languages. It simply helps us when we want to talk about the commonalities and differences between our systems. Many commonalities in substance are hidden by differences in terminology (Babel) and, viceversa, many differences in substance are hidden by common terms (false friends). The use of a common language may make communication easier. For the first time in recent history we now have in Europe a sort of meta-language for debates on contract law. This may reduce to some extent –but not completely!– the Babylonian conversations between scholars and practitioners from different

uno de los problemas que obstaculizaban la integración jurídica en Europa eran las diferencias terminológicas existentes entre los sistemas de *Civil Law* y de *Common Law*¹⁹⁵. A la anterior característica debe unirse que los PECL hayan sido redactados y publicados en lengua inglesa, sin perjuicio de que existan traducciones en otras lenguas. Esta opción responde como afirman Díez-PICAZO ET ALII a «que es la *lingua franca* en Europa en todos los aspectos científicos y jurídicos y es hoy la lengua utilizada en cualquier tipo de encuentros de esta naturaleza»¹⁹⁶.

- Debe llamarse la atención sobre el título con el que la “Comisión Lando” bautizó a sus trabajos. ¿Por qué se les ha denominado “Principios”? Los autores no han aclarado dicha cuestión. Puede que se desechara la idea de denominarlo “Código” para evitar los recelos de los países de la familia del *Common Law* y de los juristas educados en los mismos. Otra posibilidad podría ser evitar cualquier tipo de confusión con los trabajos realizados por el Grupo de Pavía o Grupo Gandolfi, que lo ha denominado así. En cualquier caso, debe afirmarse, como han hecho Díez-PICAZO ET ALII, que de su denominación no puede «extraerse la conclusión de que en ellos no se contengan reglas. La idea de reglas (*rules*) referida a ellos mismos aparece sin cesar. No son “principios” en el sentido en que esta palabra se utiliza para aludir v.gr. a los principios generales del derecho como proposiciones que enuncian, sin referencia a supuestos de hechos concretos, juicios de valor o directrices jurídicas de carácter tan abstracto que necesitan *a posteriori* un proceso de concreción»¹⁹⁷. La respuesta a la anterior interrogante se puede sacar de la propia naturaleza de su contenido. Los PECL contienen reglas generales, por lo que la expresión

European jurisdictions. Of course this language is by no means completely neutral. The choice of concepts etcetera made by the Lando Commission implies cultural, political and other choices. I will return to this later. Although the PECL's language is limited to Europe, it will not isolate Europeans from the rest of the world since it is very similar (though not identical) to CISG and the UNIDROIT Principles», «The Principles of...», *op. cit.*, pp. 25 y 26.

¹⁹⁵ LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. xxiii.

¹⁹⁶ Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 80.

¹⁹⁷ *ult. op. cit.*, p. 79.

“Principios” debe ser identificada como normas o reglas de carácter general o fundamental¹⁹⁸. En este sentido, señala GONZÁLEZ PACANOWSKA que los PECL establecen «rules, similares en su formulación a los que pueden encontrarse en los textos codificados, por lo que el término utilizado evocaría las ideas de básico, fundamental o general; o que carecen del valor de fuente formal del Derecho»¹⁹⁹.

- De la anterior característica deriva otra: el empleo de términos flexibles y abiertos y de cláusulas generales²⁰⁰. Los PECL, en coherencia con su carácter de principios o reglas generales, no ofrecen una regulación detallada ni tampoco pretenden dar soluciones a todos los problemas que en la casuística puedan plantearse. Expresamente, en su Introducción se justifica que esta especie de “preterición intencional” se debe a que «the Principles of European Contract Law are a set of general rules which are designed to provide maximum flexibility and thus to accommodate future developments in legal thinking in the field of contract law. The Commission has therefore resisted the temptation to seek to cover every particular eventuality, which would lead to excessive detail and specificity and inhibit the future development of European contract law. Thus Article 1:106, which provides that the Principles are to be interpreted in accordance with their purposes and that issues not expressly settled by them are so far as possible to be settled in accordance with the ideas

¹⁹⁸ *ult. op. cit.*, p. 79.

¹⁹⁹ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Los principios Lando», *op. cit.*, p. 154. En el mismo sentido afirma HESSELINK, M.W., que «the format chosen by the Lando Commission is that of Principles. At first sight to some legal theorists the term ‘principles’ may be somewhat misleading. Far from being principles as Ronald Dworkin has used them in order to sustain his claim of the law’s integrity, the black-letter text of Principles of European Contract Law looks very much like rules, similar to those that can be found in many of the civil codes in Europe and, across the ocean, for example in the Uniform Commercial Code. Indeed, similar to the Restatements the black-letter text is often referred to as ‘black-letter rules’ and the Lando Commission itself frequently refers to ‘the rule’ in one article or the other. Why are the PECL called ‘principles’? The members of the Commission never explicitly say so but it seems likely that they were attracted by the connotation of ‘basic’, ‘fundamental’, ‘general’, etcetera. Moreover, they may have been reluctant to speak of rules for fear of being labelled as self-proclaimed European legislators. Finally, of course, the direct source of inspiration were clearly the UNIDROIT Principles», «The Principles of...», *op. cit.*, p. 30.

²⁰⁰ *Vid.*, Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 79 y ESPIAU ESPIAU, S., «La Codificación del...», *op. cit.*, p. 74.

underlying them, is of fundamental importance to the creative function of the Principles»²⁰¹. En este sentido, afirma ESPIAU ESPIAU que «los supuestos no previstos podrán resolverse aplicando, en la medida de lo posible, los criterios y las ideas que los inspiran»²⁰².

Como ejemplo más característico de estas cláusulas generales se puede citar el carácter razonable de una conducta, el deber de comportarse según los dictados de la buena fe. Ello presenta ventajas e inconvenientes, y en este sentido Díez-PICAZO ET ALII señalan que «presenta la ventaja de no dejar las cosas definitivamente cerradas, aunque, naturalmente, abre variantes u opciones cuando judicialmente se tiene que llevar a cabo la concreción o concretización, con merma evidente de la seguridad jurídica»²⁰³.

- Otra característica importante es el método adoptado para la elaboración de sus principios o reglas comunes y generales del Derecho contractual europeo. En la Introducción se indica que «the method adopted may be compared with the American *Restatement of the Law of Contract*, the second edition of which was published in 1981. However, the task is different. The Restatement is broadly intended as a formulation of existing law, since in almost all States the law of contract is based on the common law. In the Union, which is characterised by the existence of a number of divergent legal systems, general principles applicable across the Union as a whole must be established by a more creative process whose purpose is to indentify, so far as possible, the common core of the contract law of all the Member States of the Union and on the basis of this common core to create a workable system»²⁰⁴. La

²⁰¹ LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. xxvii. SÁNCHEZ LORENZO, S., ha afirmado que el objetivo a largo plazo de los PECL de configurar la base del futuro Código civil europeo «implicaría la pérdida de lo mejor que éstos pueden ofrecer en la hora actual: su versatilidad, su capacidad para adecuarse a la continua evolución, flujo y reflujo de las tendencias de reglamentación en materia contractual», *Derecho privado...*, *op. cit.*, p. 313.

²⁰² ESPIAU ESPIAU, S., «La Codificación del...», *op. cit.*, p. 74.

²⁰³ Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 79.

“Comisión Lando” ha tomado como punto de partida la elaboración de un trabajo de campo consistente en identificar las similitudes existentes entre los Ordenamientos de los Estados Miembros de la Unión Europea, que es a lo que denomina “núcleo común del Derecho de los contratos”, para posteriormente crear *better rules* para que el sistema pueda funcionar. HESSELINK afirma que la “Comisión Lando” prefirió buscar las similitudes antes que las diferencias entre los diversos sistemas jurídicos, calificando a este método con el nombre de *presumptio similitudinis*²⁰⁵. El propio HESSELINK continúa afirmando que este método ha sido objeto de críticas por considerarse poco científico, puesto que un verdadero Derecho comparado debe buscar más el establecimiento de las diferencias que de los *common factors*, pero afirma que dicho método es comprensible teniendo en cuenta que los PECL tienen como objetivo la armonización y unificación del Derecho europeo de los contratos²⁰⁶.

- Por último, una vez halladas las similitudes, la “Comisión Lando” realizó lo que se ha denominado como “aproximación funcional”, que consiste en redactar las reglas en función de las soluciones que ofrecen a los problemas, en lugar de buscar una aproximación de los planteamientos dogmáticos o de las instituciones jurídicas²⁰⁷.

²⁰⁴ LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. xxvi.

²⁰⁵ HESSELINK, M.W., afirma que «the Commission rather looked for similarities than for differences between the systems. They adopted the *presumptio similitudinis* as the basis for their working method. This method was previously successfully applied by Hein Kötz in his European Contract Law: the book mainly concentrates on the common core; the local peculiarities can be found in the footnotes. Similarly, the Lando Commission has concentrated on commonalities rather than on divergences. However, the differences are not hidden altogether: they are spelled out in the comparative Notes», «The Principles of...», *op. cit.*, p. 30. Por su parte, Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., también se hacen eco de las afirmaciones de HESSELINK, pero denominan al método como de *praesumptio similitudinis* en vez de *presumptio similitudinis*, como hace el profesor holandés, *op. cit.*, p. 79

²⁰⁶ HESSELINK, M.W., «The Principles of...», *op. cit.*, pp. 30 a 32. *Vid.*, también Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 79 y 80.

²⁰⁷ *Vid.*, Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 80.

4.4. Las fuentes en las que se han inspirado los PECL

4.4.1. Introducción

Como afirma expresamente la “Comisión Lando”, «los Principios se destinan inicialmente para su uso dentro de los Estados Miembros de la Unión Europea»²⁰⁸. De ello deriva que los PECL configuren una especie de simbiosis, de núcleo común del Derecho de los contratos existentes en Europa, por lo que el Derecho de los Estados de la Unión Europea constituye su fuente principal e inmediata de inspiración. Ahora bien, conviene matizar, como hacen los propios PECL, que no se ha tomado en consideración como fuente principal el Ordenamiento jurídico de un país concreto, así como que no todos los Ordenamientos han tenido la misma influencia.

También han sido usados como modelos, como fuentes inspiradoras de los PECL, los *Restatements of Contract* norteamericanos. Como ha señalado BONELL «the Comisión did not confine its sources to the national laws of the member States of the European Union, but also drew on legal materials from outside Europe, such as the American Restatements on Contract and Restitution and conventions such as CISG»²⁰⁹.

Por otro lado, en la flexibilidad, la funcionalidad y la practicidad de los PECL ha influido sin lugar a dudas el UCC, texto codificador elaborado entre los años 1942 y 1954 por *The Nacional Conference of Commissioners on Uniform State Law and The American Law Institute*.

Igualmente, los PECL no han sido ajenos a los Convenios Internacionales y disposiciones legales que regulan tipos específicos de contratos, pues adopta soluciones parecidas a las que en ellos se establecen.

²⁰⁸ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II...*, op. cit., p. 33.

²⁰⁹ BONELL, M.J., *An Internacional...*, op. cit., p. 87.

Así, han servido como modelos los PICC y especialmente la CISG, texto que constituye una simbiosis especial y novedosa entre los sistemas de *Civil Law* y de *Common Law*²¹⁰.

4.4.2. Los PICC

Una vez que ya se han desglosados los intentos fallidos de unificación en materia de compraventa internacional de la ULIS y de la ULF, y el posterior éxito de la CISG, objetivos más ambiciosos son los que nuevamente persigue UNIDROIT en aras de lograr la tan deseada uniformidad del Derecho Privado, al introducir en su agenda en 1971 el Consejo Directivo la elaboración de un nuevo Proyecto, denominado inicialmente «*Ensayo de unificación relativo a la Parte General de los Contratos (en vista de una Codificación progresiva del derecho de las obligaciones ex contractu)*»²¹¹, que finalmente acabaría llamándose «*Elaborazione di principi per i contratti commerciali internazionali*»²¹². Después de más de una década de esfuerzos, los Principios

²¹⁰ Sobre las fuentes o modelos en los que se han inspirado los PECL, *vid.*, entre otros: LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, pp. xxiv a xxvi y DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 80 a 84.

²¹¹ Su denominación originaria en francés era «*Essai d'unification portant sur la partie générale des contrats (en vue d'une Codification progressive du droit des obligations 'ex contractu')*».

²¹² En sus orígenes fue creado un restringido *comitato-pilota* compuesto por tres prestigiosos juristas representativos de los grandes sistemas jurídicos: René David (*civil law*), Clive M. Schmittoff (*common law*) y Tudor Popescu (sistemas socialistas). No obstante, no fue hasta el año 1980 cuando se creó, bajo la dirección del profesor italiano Michael Joachim Bonell, un Grupo de Trabajo, compuesto por expertos juristas en materia de Derecho de los contratos y del comercio internacional, que representaban la mayoría de los diferentes sistemas jurídicos y áreas geográficas del mundo, integrado por D. Tallon, A. Di Majo, D. Maskow, A. Garro, O. Lando, M.J. Bonell y M. Fontaine, quienes se encargaron de la elaboración de los diferentes Capítulos de los Principios. Sobre los orígenes del Proyecto de los Principios Unidroit, su Grupo de Trabajo y su forma de trabajo *vid.*, entre otros: ABASCAL ZAMORA, J.M., «Los Principios sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT», *Derecho de los Negocios*, 1997, número 81, pp. 11 y 12; BONELL, M.J., «Il progetto dell'Unidroit per la elaborazione di principi per i contratti commerciali internazionali», en AA. VV., *Principi per i contratti commerciali internazionali e il sistema giuridico latinoamericano*, (a cura di M. Joachim Bonell-Sandro Schiapini), Cedan, Milano, 1996, pp. 10 y 11; PARRA ARANGUREN, G., «El Proyecto de Principios de UNIDROIT. Aspectos de Derecho Internacional Privado», en AA. VV., *Principi per i contratti commerciali internazionali e il sistema giuridico latinoamericano*, (a

fueron concluidos por el Grupo de Trabajo en febrero de 1994 y, tras la aprobación por el Consejo de Dirección de UNIDROIT, fueron publicados por primera vez en junio de 1994 bajo la denominación de «*Principles of International Commercial Contracts*» (en su acrónimo en inglés PICC o PU, o en su acrónimo en español PCCI, los Principios sobre los contratos comerciales internacionales)²¹³.

Hasta la elaboración de los PICC, los intentos de unificación internacional del Derecho han discurrido por la vía de la adopción de instrumentos vinculantes, mediante la creación de Convenios Internacionales, actos legislativos supranacionales; y no vinculantes, como las leyes modelos. En cambio, los PICC, teniendo en el horizonte el ejemplo del *Restatement (Second) of the law of Contracts* de los Estados Unidos en cuanto a su carencia de fuerza vinculante, serán admitidos y empleados en el comercio transfronterizo en función de su mayor o menor grado de persuasión, sin que su aplicabilidad requiera la aprobación de los diferentes Estados. Es decir, su éxito no dependerá de la actitud que tomen ante ellos los Gobiernos, sino de la idoneidad con la que los operadores del tráfico comercial los consideren para la regulación de sus relaciones profesionales supranacionales, en atención a la

cura di M.Joachin Bonell-Sandro Schiapini), Cedan, Milano, 1996, pp. 35 y 36; OLIVA BLÁZQUEZ, F., *Compraventa Internacional...*, *op. cit.*, pp. 145 y 146.

²¹³ Después de una primera versión en inglés, le han seguido publicaciones en francés, italiano, alemán, ruso y chino, con el objetivo de obtener la máxima difusión posible. La primera versión en español es la traducción realizada por el Profesor Garro, *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Roma, 1995; el mismo profesor realizó una segunda versión corregida en octubre de 2001. En abril de 2004 fue aprobada por unanimidad por el Consejo de Dirección de UNIDROIT una nueva versión de los Principios, que incorpora cinco nuevos capítulos sobre los siguientes extremos: poderes de representantes, derechos de terceros, compensación, cesión de derechos, transferencia de obligaciones y cesión de contratos, en la actualidad sólo disponible en inglés y en francés. A las publicaciones oficiales en español de los PICC se deben unir, como más destacados, los trabajos realizados por la profesora PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., «Los Principios de Unidroit y CISG: su mutua interacción, en AA. VV., *Comentario a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*», Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, Instituto de investigaciones jurídicas, México, 1998, pp. 187 a 208 y «El derecho uniforme del Comercio Internacional: los Principios de Unidroit (Ámbito de aplicación y Disposiciones Generales)» *Revista de Derecho Mercantil*, número 223, 1997, pp. 221 a 297, así como la obra coordinada por MORÁN BOVIO, D., *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, Aranzadi, 2ª edición, Navarra, 2003, que son de suma importancia en orden a la toma en conocimiento por los juristas españoles del nuevo Derecho uniforme del comercio internacional.

calidad de sus reglas, y evitando la inseguridad que pudiera originar el desconocimiento del Derecho que se le aplicará a su contrato.

Si bien tanto la ULIS como la ULF y la CISG tenían como objetivo regular aspectos jurídicos relativos al contrato de compraventa internacional, los Principios del Instituto de Roma son más ambiciosos, a lo que sin duda han contribuido con sus defectos y sus virtudes los anteriores intentos uniformadores citados. Su finalidad es, como afirma PERALES VISCASILLAS, la de engendrar un «Código General aplicable a todos los contratos mercantiles internacionales»²¹⁴. En la propia introducción de los Principios de 1994 se pone de manifiesto que su objetivo es «to establish a balanced set of rules designed for use throughout the world irrespective of the legal traditions and the economic and political conditions of the countries in which they are to be applied»²¹⁵.

El criterio inspirador de los PICC no ha sido la búsqueda de la unificación de las divergencias existentes en el Derecho contractual en las diferentes legislaciones nacionales, sino, como ha puesto de manifiesto BONELL, «enunciare quei principi e quelle regole in materia contrattuale che sono comuni ai principali sistema giuridici esistenti e/o di indicare le soluzioni che più si adattano alle particolari esigenze del commercio internazionale»²¹⁶. En la búsqueda de esos principios y reglas que mejor se adapten a las exigencias del comercio transfronterizo, continúa señalando dicho autor que «delle codificazioni e compilación nazionali si sono ovviamente prese in considerazione soprattutto quelle più resenti, come, ad esempio, lo Uniform

²¹⁴ PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., «El derecho uniforme...», *op. cit.*, p. 225. En el mismo sentido afirman ABASCAL ZAMORA, J.M., que «se trata de una recopilación de normas legales, más o menos generales, para aplicarse a los contratos internacionales, cuando así lo convienen las partes», «Los Principios sobre...», *op. cit.*, p. 11 y PARRA ARANGUREN, G., para quien los esfuerzos de UNIDROIT constituyen «una especie de ius comune moderno, comprensivo de los principios generales del derecho para regular los diversos contratos mercantiles internacionales», «El Proyecto de...», *op. cit.*, p. 36.

²¹⁵ UNIDROIT, *Principles of International Commercial Contracts*, Rome, 2004, p. xv.

²¹⁶ BONELL, M.J., «Il progetto dell'Unidroit...», *op. cit.*, p. 13.

Comercial Code nordamericano e il Restatement (Second) of the law of Contracts, il nuevo codice civile olandese, la Legge sui rapporti economici con l'estero della Repubblica Popolare Cinese del 1985 o il progetto del nuovo codice civile del Québec...un punto di riferimento obbligato é stata naturalmente la Convenzione delle Nazioni Unite sulla vendita internazionale di Viena del 1980»²¹⁷.

Los PICC²¹⁸, que vieron la luz en junio de 1994, estaban compuestos por 120 artículos distribuidos en VII Capítulos, redactados en un estilo claro y simple, muy parecido al empleado en las codificaciones de los países de *Civil Law*²¹⁹. En abril de 2004, el Instituto de Roma editó una versión más extensa de los Principios: los anteriores 120 artículos fueron transformados en 185, repartidos en X Capítulos, algunos de los cuales se encuentran subdivididos en secciones. La última edición de los PICC es del año 2010 y se estructura en un preámbulo, XI Capítulos, secciones y 211 artículos²²⁰.

²¹⁷ BONELL, M.J., «Il progetto dell'Unidroit...», *op. cit.*, p. 13. Sobre las fuentes en las que han inspirado los PICC, *vid.*, también OLIVA BLÁZQUEZ, F., *Compraventa Internacional...*, *op. cit.*, pp. 148 y 149.

²¹⁸ Los PICC de junio de 1994 están publicados en español en UNIDROIT, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Internacional Privado, *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, (traducción española realizada por el Profesor A.M. Garro), Roma, 1995; «Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales», *Derecho de los Negocios*, 1996, pp. 77 a 78. Una segunda impresión corregida por GARRO A.M., *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, segunda impresión corregida por el Profesor A.M. Garro, Roma, 2001. Además la doctrina española cuenta con los comentarios de dichos Principios en MORAN BOVIO D., *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, (coord. David Morán Bovio), Aranzadi, primera edición, Navarra, 1999 y con la segunda edición de 2003.

²¹⁹ Sobre la influencia en el lenguaje empleado por los PICC de los textos legislativos de los países de *Civil Law*, *vid.*, entre otros, BONELL, M.J., «Il progetto dell'Unidroit...», *op. cit.*, p. 11 y ABASCAL ZAMORA, J.M., «Los Principios...», *op. cit.*, p. 12.

²²⁰ Con la siguiente estructura en la actualidad: «Preámbulo (Propósito de los Principios)»; «Disposiciones generales» (Cap. I); «Formación y apoderamiento de representantes» (Cap. II); «Validez» (Cap. III); «Interpretación» (Cap. IV); «Contenido, estipulación a favor de terceros y obligaciones condicionales» (Cap. V); «Cumplimiento» (Cap. VI); «Incumplimiento» (Cap. VII); «Compensación» (Cap. VIII); «Cesión de créditos, transferencia de obligaciones y cesión de contratos» (Cap. IX); «Prescripción» (Cap. X) y «Pluralidad de deudores y de acreedores» (Cap. XI) *vid.*, UNIDROIT, *Principles of International Commercial Contracts*, Rome, 2010 (<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>).

Cada artículo va acompañado de una nota que también forma parte integrante del texto de los PICC, y que tiene como finalidad explicar «il significato e i motivi della regola enunciata, nonché le possibili applicazioni pratiche»²²¹. En ocasiones, tales notas llevan insertos ejemplos o ilustraciones, que coadyuvan en la comprensión e interpretación de los preceptos. Acerca de la interpretación y aplicación global del articulado de los PICC, notas y ejemplos, señala ABASCAL ZAMORA que «los Principios forman un todo: esto significa que su interpretación y aplicación no debe limitarse al texto de los artículos, sino que debe incluir, también, los comentarios y ejemplos»²²².

4.4.3. El *Restatements of Contract*

Otra de las fuentes que han servido de inspiración a la “Comisión Lando” en la elaboración de los PECL es el *Restatements of Contract*. Los *Restatements*²²³ constituyen el paradigma de *soft law*. A diferencia de las codificaciones tradicionales, tan familiares a los sistemas jurídicos de los países de *Civil Law*, la técnica de las codificaciones de *soft law* o blandas persiguen ofrecer a los operadores del tráfico un Derecho ausente de carácter imperativo, no pudiendo imponerse *ratione imperio*, y «pretende contribuir a un

²²¹ BONELL, M.J., «Il progetto dell'Unidroit...», *op. cit.*, p. 11.

²²² ABASCAL ZAMORA, J.M., «Los Principios...», *op. cit.*, p. 12.

²²³ Respecto a los *Restatements* norteamericanos, *vid.*, entre otros: CÁMARA LAPUENTE, S., «Un derecho privado...», *op. cit.*, p. 64; Díez-PICAZO L., ROCA TRIAS E., MORALES A.M., *op. cit.*, pp. 80 y 81; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Los principios Lando», *op. cit.*, p. 158; GOODRICH, H.F., *Restatement and Codification*, 241 Field Centenary Essays, 1949; MARTÍN CASALS, M., «El codi civil de catalunya en la cruïlla del dret privat europeu», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2002, pp. 646 a 649; MARTÍNEZ SANZ, F., «Principios de Derecho...», *op. cit.*, p. 195; PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., «El derecho uniforme...», *op. cit.*, pp. 226 a 229; MASIDE MIRANDA, J.E., «El futuro Código...», *op. cit.*, pp. 1802 a 1803; MENÁRGUEZ PINA, C., *Causas de invalidez del contrato y “favor contratus” en los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Digital@tres, Sevilla, 2004, pp. 13 y 14; SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho privado...*, *op. cit.*, pp. 308 y 309; VAQUER ALOY A., «La vocación europea...», *op. cit.*, p. 5; ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 115 a 117. Una amplia bibliografía sobre los *Restatements* norteamericanos puede consultarse en http://www.ali.org/doc/comp_biblio.pdf.

ambiente jurídico uniforme por la vía de la persuasión derivada de su autoridad científica, creando un marco común que pueda actuar como una especie de guía»²²⁴.

Los *Restatements* constituyen una recopilación de las normas jurisprudenciales aplicables en los Estados Unidos, en forma de Código comentado. Tienen como objetivos fundamentales simplificar y clarificar las divergencias provocadas por las diferentes interpretaciones y aplicaciones del *Common Law* inglés realizadas por los tribunales de cada uno de los Estados. Fueron elaborados por *The American Law Institute*²²⁵, que publicó el *Restatement of Contract* en 1932, y elaboró una segunda versión publicada en 1981 más funcional y menos conceptual, que goza de gran autoridad en los tribunales y en el mundo del Derecho.

La técnica de *soft law*, empleada en los *Restatements* norteamericanos, ha influido a nivel internacional en la elaboración de los PICC y a nivel europeo en la de los PECL, que bien podrían denominarse, respectivamente, *Restatement* de Derecho Comercial Internacional y *Restatement* de Derecho Contractual Europeo. Los Principios del Instituto de Roma, al igual que los Principios Europeos, son similares a los *Restatements* en su elaboración, finalidad, contenido y presentación.

La inclinación de los redactores de los PECL por una técnica de *soft law*, similar a la empleada en los *Restatements*, obedece, por una parte, a la búsqueda de conceptos flexibles y abiertos que «constituyen una opción por la equidad, frente a la legalidad, y son representantes de un talante dialógico, tendente muchas veces,... a establecer condiciones de diálogo y crear un léxico

²²⁴ VAQUER ALOY A., «La vocación europea....», *op. cit.*, p. 5

²²⁵ «El American Law Institute, institución fundada con ayuda de la Corporación Carnegie y de la Fundación Rockefeller, trató de promover la clarificación y simplificación del Derecho y su mejor adaptación a las necesidades sociales, mejorando la administración de justicia y fomentando el trabajo de la ciencia jurídica», DíEZ-PICAZO L., ROCA TRIAS E., MORALES A.M., *op. cit.*, p. 81.

común»²²⁶, y por otra, a su flexibilidad y versatilidad para adaptarse mejor y más rápido a los continuos cambios del Derecho de los contratos.

Los *Restatements*, al igual que los PECL, han sido elaborados por un grupo de prestigiosos juristas carentes de cualquier tipo de representación oficial y, por tanto, ajenos a cargas políticas en la adopción de soluciones; si bien la “Comisión Lando” carece de un órgano similar al *American Law Institute*, en cuanto a número de miembros y funcionamiento.

En lo que se refiere a su presentación formal, los *Restatements* han servido de modelo, con un leve matiz diferenciador, a los PECL. Cada regla enunciada en el texto americano se estructura en cuatro apartados: texto articulado, comentario, ejemplos y notas; por su parte, en los PECL se introducen los ejemplos en el comentario de cada regla.

El texto del artículo (*black letter rule*) va presidido por su título y de forma escueta recoge el mandato normativo en letra negrilla. El comentario (*commentary*) tiene como función principal explicar los razonamientos que han llevado a sus redactores a adoptar dicha norma, así como cuál es su objetivo y su funcionamiento correcto, además de «una certa pretensió normativa de menor grau»²²⁷. Los ejemplos o supuestos prácticos (*illustrations*) que, como se ha indicado, en el texto de los PECL van incrustados en el comentario de los artículos, tienen como objetivo clarificar el funcionamiento práctico de las reglas enunciadas en el mismo y, como indica MARTÍN CASALS en relación a los PECL, «són fonamentals perquè permeten sortir del marc dogmàtic nacional i, en un enfocament funcional, entendre com s'arriba a un resultat que els ordenaments jurídics nacionals acostumen a assolir per vies molt diferents»²²⁸. Las notas (*notes* en los PECL y *reporter's note* en los *Restatements*) hacen referencia a las fuentes de inspiración de las reglas adoptadas, teniendo como principales,

²²⁶ SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho privado...*, *op. cit.*, p. 308.

²²⁷ MARTÍN CASALS, M., «El codi civil...», *op. cit.*, p. 648.

²²⁸ MARTÍN CASALS, M., «El codi civil...», *op. cit.*, p. 648.

en el caso de la “Comisión Lando”, los diversos Ordenamientos jurídicos europeos y, en el caso del texto americano, los precedentes judiciales. Además, en las notas de los PECL se hace una breve referencia a la forma en que se regula la cuestión en los diferentes Ordenamientos jurídicos de los países de la Unión Europea.

No obstante las similitudes existentes entre los *Restatements* y los PECL, existe un rasgo diferenciador entre ambos en lo que respecta a su proceso de elaboración y finalidad, atribuyéndose a los primeros una menor labor creativa respecto a los segundos²²⁹. Los redactores de los *Restatements* se limitaron fundamentalmente a compilar las decisiones jurisprudenciales y las soluciones prácticas existentes para, una vez recogidas y ordenadas, enunciar sobre la base del Derecho norteamericano vigente una serie de normas en forma de artículos claros y concisos que pudieran eliminar la diversidad de interpretaciones realizadas por los tribunales de los distintos Estados, y con ello, dotar al tráfico comercial de grandes dosis de seguridad jurídica. Así se fue creando «un sistema de reglas coherentes, una terminología uniforme y la eliminación de contradicciones»²³⁰. De ello deriva que los *Restatements* tengan una finalidad fundamentalmente declarativa. Como han señalado LANDO y BEALE «the Restatement is broadly intended as a formulation of existing law, since in almost all States the law of contract is based on the common law»²³¹.

En cambio, los redactores de los PECL, partiendo de los diferentes Ordenamientos jurídicos existentes en los países miembros de la Unión Europea y de la regulación contenida en las diversas Convenciones Internacionales y Leyes de Derecho Uniforme, se fijaron como objetivo elaborar

²²⁹ Sobre las diferencias entre los *Restatements* y los PECL, *vid.*, entre otros: LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. xxvi; MARTÍN CASALS, M., «El codi civil...», *op. cit.*, p. 648; MARTÍNEZ SANZ, F., «Principios de Derecho...», *op. cit.*, p. 195; MENÁRGUEZ PINA, C., *op. cit.*, p. 13; SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho privado...*, *op. cit.*, p. 309; ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 116.

²³⁰ DÍEZ-PICAZO L., ROCA TRIAS E., MORALES A.M., *op. cit.*, p. 81.

²³¹ LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. xxvi.

un nuevo sistema jurídico, unos principios comunes extraídos fundamentalmente del núcleo común del Derecho contractual vigente en cada país. Ello llevaría a la configuración o creación de nuevas normas, de un nuevo sistema jurídico uniforme, moderno y funcional. Por tanto, los PECL desarrollan una labor más creativa que los *Restatements*, ya que partiendo del Derecho vigente y aplicando las técnicas y experiencias del Derecho Comparado, crean un nuevo sistema.

Las divergencias establecidas entre los *Restatements* y los PECL han sido atenuadas por ZIMMERMANN, para quien «tampoco hay que exagerar estas diferencias, pues a pesar de sus raíces comunes en el common law inglés, los derechos privados de los distintos Estados norteamericanos están en conjunto mucho menos unificados de lo que se cree, por lo que los “Restatements” no cumplen sólo una función declarativa, sino también de establecimiento del derecho privado común americano. Por otra parte, es evidente que, asimismo, los ordenamientos jurídico-privados europeos han sido marcados persistentemente por una tradición común a lo largo de varios siglos, y comparten unos mismos fundamentos sistemáticos, conceptuales, dogmáticos e intelectuales, que no se han perdido ni extinguido en doscientos años de desarrollo jurídico nacional. Por eso, se refieren los autores de los PECL expresamente a un núcleo común (common core) del derecho contractual de todos los estados miembros de la UE, de cuya configuración se trata, para alcanzar sobre esta base un ordenamiento jurídico moderno y funcional. Constituye, así, una tarea “creativa”, igual que la de los compiladores de los “Restatements” norteamericanos»²³².

²³² ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho...*, op. cit., pp. 116 y 117.

4.4.4. El Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos

Por otro lado, el UCC²³³ ha ejercido una fuerte influencia en la elaboración de los PECL, debido a su flexibilidad, funcionalismo y practicidad. Para comprender por qué surgió la idea de elaborar un Código Uniforme de Derecho mercantil es preciso situarse en los Estados Unidos de la primera mitad del siglo XX, donde el Derecho de los comerciantes se encontraba fuertemente impregnado de una corriente científica denominada “formalismo jurídico”, que centraba su atención en el estudio del *case law*. Ello dotaba al sistema de grandes dosis de inseguridad e incoherencia al existir pronunciamientos judiciales contradictorios e incoherentes. Además, la exclusiva atención a las leyes y a los casos genera un enquistamiento del Derecho, que le impide evolucionar para ofrecer adecuadas soluciones a las nuevas realidades y conflictos producidos en el tráfico. Frente a tal situación y a la ciencia jurídica practicada por el “formalismo jurídico”, surge una nueva corriente conocida como “realismo jurídico”, defensora de «que el Derecho no se puede entender sin la realidad que le es externa, pero que le sirve de sustento, y sobre la que el Derecho actúa... que el Derecho sirve para la consecución de fines, y que las normas no se entienden si no se comprende cuál es el fin que persiguen»²³⁴.

El origen remoto de la elaboración del UCC -en lo que respecta a la conciencia de reducir la incoherencia e inseguridad producida por la desorbitada importancia que se otorgaba al *case law* y la necesidad de unificar el Derecho-, puede encontrarse en los trabajos en *pro* de la unificación del Derecho mercantil estadounidense de la *National Conference of Commissioners for Uniform State Laws* (en su acrónimo en inglés, NCCUSL);

²³³ Respecto al UCC, *vid.*, principalmente, entre otros: BRADFORD STONE, *Uniform Commercial Code (in a nutshell)*, Sixth Edition, Thonson West, 2002; GARRIDO GARCÍA, J.M., *Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos*, (Texto Oficial, Estudio preliminar y traducción a cargo de José María Garrido), Marcial Pons, Barcelona, 2002. Además pueden consultarse: DíEZ-PICAZO L., ROCA TRIAS E., MORALES A.M., *op. cit.*, p. 132; ILLESCAS ORTIZ, R., «El Derecho uniforme...», *op. cit.*, p. 1798.

²³⁴ GARRIDO GARCÍA, J.M., *op. cit.*, pp. 42 a 43.

institución privada compuesta por un grupo de expertos juristas independientes. Dicha institución fue creada en 1892 y desarrolló con escasa fortuna «una importante actividad a los efectos de aprobar una serie de leyes uniformes que habrían de conformar el núcleo de un embrionario Derecho mercantil estadounidense de matriz legislativa»²³⁵.

Constatada la insuficiencia de las primeras leyes uniformes, así como su inadecuación para regular litigios novedosos en un comercio en constante evolución, fue SCHNADER, como presidente de la *NCCULS*, el que sugirió la posibilidad de engendrar «un Código que abarcase y superase la materia de las leyes uniformes, que modernizase el Derecho mercantil y que sirviera para dar respuesta a las más importantes cuestiones que la práctica del comercio estadounidense planteaba»²³⁶. Si bien la idea fue de SCHNADER, la concepción, dirección y organización fueron obra del prestigioso profesor de la Universidad de Columbia Karl LLEWELLYN, confeso seguidor de la corriente del *realismo jurídico*. La semilla del futuro UCC estaba sembrada, sólo faltaba el apoyo financiero e institucional que vendría conjuntamente del *American Law Institute* y del nombrado *NCCUSL*.

Los trabajos de redacción del UCC comenzaron en el año 1942. Se estructuraron en nueve artículos, cada uno de los cuales sería elaborado por un redactor bajo la dirección de LLEWELLYN. El primer borrador quedó finalizado en el año 1950, promulgándose por primera vez en el Estado de Pennsylvania y entrando en vigor el día 1 de julio de 1954. Entre los años 1954 y 1957, el texto fue objeto de modificaciones de consideración, siendo aprobado el texto oficial en 1957, que vino sufriendo posteriores modificaciones de menor importancia. En el año 1968, a excepción de Luisiana y el Estado libre asociado

²³⁵ GARRIDO GARCÍA, J.M., explica los motivos del relativo fracaso de las leyes uniformes en términos similares al de las ULIS y ULF: «esas leyes tuvieron una acogida desigual, pero incluso las más exitosas demostraron que el proceso de uniformización presentaba grandes carencias: las leyes sólo eran aprobadas por los Estados tras largos años de deliberaciones, y con una gran diferencia de tiempo entre unos Estados y otros; además, las leyes uniformes ofrecían una visión fragmentaria, y totalmente asistemática, de la materia mercantil», *op. cit.*, p. 39.

²³⁶ *ult. op. cit.*, p. 39.

de Puerto Rico, todos los Estados miembros de los Estados Unidos habían aprobado el UCC²³⁷. No obstante, debe tenerse en cuenta que tal aprobación ha discurrido por la vía de la ley estatal. El texto oficial del UCC, por sí sólo, no tiene fuerza imperativa. Se debe recordar que su fuente es la de un grupo de juristas, un legislador privado, y que, en definitiva, se trata de un instrumento de *soft law*, al igual que los *Restatements* y los PECL. Su fuerza legal deriva de una *sui generis* transposición al Derecho de cada Estado por medio de una ley estatal aprobada con leves modificaciones, lo que conduce a compartir con GARRIDO GARCÍA que «no puede hablarse del Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos, sino del Código Uniforme de Comercio de Tennessee o del Código Uniforme de Comercio de Florida, de Massachussets, etcétera»²³⁸.

De lo expuesto se pueden colegir varias semejanzas entre el UCC y los PECL, si bien los ámbitos territoriales y la tradición jurídica en la que hunden sus raíces son diferentes. Son semejantes la situación que los motiva y los objetivos que persiguen, pues ambos instrumentos surgen a la vida jurídica motivados por la falta de uniformidad, coherencia y seguridad de las normas que se aplican en el tráfico comercial, así como de las diferentes interpretaciones que se realizan de ellas con la finalidad, entre otras, de «a. to simplify, clarify and modernize the law governing commercial transactions; b. to permit the continued expansion of commercial practices through custom, usage, and agreement of the parties; and c. to make uniform the law among the various jurisdictions»²³⁹. Por otro lado, son redactados por grupos de expertos juristas descargados de cualquier clase de presión política y, por tanto, independientes, que elaboran las normas como un *sui generis* legislador privado. Por último, son instrumentos que emplean una técnica de *soft law*, por sí solos carentes de fuerza vinculante, si bien, en el caso del UCC, tienen dicha fuerza por su adopción como ley estatal.

²³⁷ Sobre la elaboración, promulgación y vigencia del UCC, *vid.*, entre otros: GARRIDO GARCÍA, J.M., *op. cit.*, pp. 44 a 45 y ILLESCAS ORTIZ, R., «El Derecho uniforme...», *op. cit.*, p. 1798.

²³⁸ GARRIDO GARCÍA, J.M., *op. cit.*, p. 38.

²³⁹ BRADFORD STONE, *op. cit.*, p. xv.

Los redactores, conscientes de la necesidad de adaptar el texto del UCC a las futuras necesidades del tráfico a fin de evitar su envejecimiento, instrumentaron, a propuesta de Rudolf SCHLESINGER, un órgano permanente, con la misión de introducir las mejoras y reformas que fuesen necesarias para otorgar soluciones actuales a las nuevas necesidades, así como expandir su ámbito de aplicación a otras materias no reguladas en el primitivo texto, denominado *Permanent Editorial Board*.

La idea de código, en cuanto a su presentación formal y a la estructura plasmada en el texto del UCC, es diametralmente opuesta a la de los decimonónicos de los sistemas de *Civil Law*. Carece de una sistemática racional, no existe jerarquía entre sus partes, las cuales constituyen compartimentos estancos, al no existir ningún tipo de concatenación o coherencia entre las materias reguladas.

Se divide en artículos que se identifican con la materia regulada y que podrían asimilarse con los libros de los Códigos Civiles de nuestro entorno²⁴⁰. Cada artículo, a su vez, se divide en partes y éstas en secciones, que equivaldrían a los títulos y a los artículos de nuestros textos codificados. En la estructura del UCC se ha otorgado un papel principal a la flexibilidad, antiformalismo, funcionalismo y practicidad por encima de la propia estética; caracteres que han sido tomados por los redactores de los PECL. Al igual que hacen los *Restatements* y los PECL, cada sección va acompañada de un *official comments* que, además de intentar clarificar el significado de la norma, incluye *illustrations* de la aplicación práctica de la regla.

Por lo que respecta al estilo, los redactores, guiados por el “realismo jurídico” que les inspira, dan preferencia al contenido de la norma. Lo

²⁴⁰ Artículo 1. Disposiciones generales; Artículo 2. Compraventa; Artículo 2A. Arrendamientos; Artículo 3. Títulos de crédito; Artículo 4. Depósitos y cobros bancarios; Artículo 4A. Transferencias; Artículo 5. Créditos documentarios; Artículo 6 y Artículo 6 revisado. Ventas en bloque; Artículo 7. Títulos de tradición; Artículo 8. Valores mobiliarios; Artículo 9. Operaciones garantizadas y los Artículos 10 y 11. Disposiciones transitorias y derogatorias.

importante es la función de la regla y los intereses que protege, apartándose de normas claras y concisas en beneficio de unas frases que «son largas y complicadas, la redacción es repetitiva y farragosa»²⁴¹.

El artículo que más influencia ha generado en la elaboración del CISG y, por tanto, en la de los PECL, ha sido el segundo, que regula la compraventa y que destaca, además de por su flexibilidad en sintonía con el resto del UCC, por ofrecer soluciones novedosas y con un acentuado carácter práctico.

Una de las principales novedades estriba en que sus normas son de aplicación tanto a las compraventas entre comerciantes, como a las realizadas con los consumidores. Novedad que, si bien no arraigó en la CISG ni en los PICC, sí lo ha hecho en los PECL. Si bien las obligaciones que surgen del contrato para los comerciantes son más estrictas que las de los consumidores, ya que «LLEWELLYN percibió que del mismo modo que no podían dividirse artificialmente las compraventas mercantiles de las “no mercantiles”, sí que podía establecerse un régimen diferente de obligaciones en función de las características subjetivas de las partes del contrato. De este modo, el comerciante que es parte de un contrato de compraventa está sujeto a un régimen de obligaciones mucho más riguroso que el particular: así la Sección 2-103 (19)(b) redefine el deber de buena fe -en comparación con el concepto objetivo del principio de buena fe establecido en la Sección 1-203 con carácter general- para los comerciantes dentro de una relación de compraventa... Significa esto que el comerciante quedará sujeto a un régimen de obligaciones mucho más estricto que el simple particular»²⁴².

El incumplimiento y las acciones de que dispone el perjudicado se regulan en las partes sexta y séptima del artículo segundo respectivamente, siendo una importante innovación, fiel reflejo de la preocupación de sus redactores por otorgar a las operaciones comerciales flexibilidad y por eliminar

²⁴¹ GARRIDO GARCÍA, J.M., *op. cit.*, p. 49.

²⁴² GARRIDO GARCÍA, J.M., *op. cit.*, pp. 56 a 57.

los perjuicios que la obstaculicen, la relativa a la compraventa de reemplazo o negocio de sustitución, regulado en la Sección 2-712²⁴³, que ha inspirado al artículo 9:506 de los PECL, y al principio *compensatio lucri cum damno* derivado del artículo 9:502 del mismo texto.

4.5. Las diferencias y similitudes entre la CISG, los PICC y los PECL

Si bien es cierto que los PECL se hayan fuertemente inspirados por la CISG y, en menor medida, por los PICC, no lo es menos que también existen diferencias con ambos instrumentos, o sólo con alguno de ellos, que deben ser destacadas.

En primer lugar, los PECL no responden a los tradicionales instrumentos de creación de normas empleados en el ámbito internacional. El texto que constituye los PECL no puede ser incardinado dentro de la categoría de las convenciones universales, los formularios contractuales, las leyes uniformes o las cláusulas modelos, sino que responde a un *sui generis Restatement* de Derecho europeo de los contratos²⁴⁴, con pretensión de ser aplicable a todos ellos, incluidos los realizados con los consumidores en el ámbito de la Unión Europea. Los PECL, junto con los PICC, representan «una novedosa forma de afrontar el proceso de creación de reglas internacionales»²⁴⁵, si bien limitados

²⁴³ «(1) Tras un incumplimiento comprendido en la Sección anterior, el comprador puede cubrirse realizando de buena fe, y dentro de un plazo razonable, cualquier adquisición razonable de mercaderías en sustitución de las que debía entregar el vendedor, o suscribiendo un contrato para su compra. (2) El comprador puede reclamar al vendedor en concepto de daños la diferencia entre el coste de la cobertura y el precio contractual, junto con los daños accesorios o indirectos tal y como se definen más adelante (Sección 2-715), pero con deducción de los gastos ahorrados como consecuencia del incumplimiento del vendedor. (3) Si el comprador no se cubre como establece esta Sección, puede utilizar cualquier otra acción judicial o medida extrajudicial».

²⁴⁴ Los PECL reflejan, como ha señalado MARTÍNEZ SANZ, F., «tan sólo lo que sería un *restatement* de Derecho Europeo», «Preliminar a la versión española», *op. cit.*, p. 8.

²⁴⁵ OLIVA BLÁZQUEZ, F., *Compraventa Internacional...*, *op. cit.*, p. 149.

los primeros a un concreto ámbito territorial que los diferencian del instrumento empleado en la adopción de la CISG.

De los diferentes instrumentos unificadores empleados, por un lado, en la adopción de los PICC y los PECL, y por otro, en la de la CISG, se deriva el hecho de que en los primeros nos encontremos ante un Derecho que se adecuaría mejor a los cambios producidos en el tráfico supranacional; un Derecho más camaleónico, con mayor flexibilidad para absorber las mutaciones que demandaría el ámbito al que va destinada su aplicación. Por el contrario, la revisión, reelaboración y adecuación de las reglas contenidas en las Convenciones Internacionales, como la CISG, a las transformaciones producidas en su campo de aplicación, exigiría la preparación de nuevas Conferencias Diplomáticas y la aprobación de nuevas reglas, lo cual requeriría un amplio período de tiempo que, sin duda, impregnaría a las relaciones transfronterizas de grandes dosis de incertidumbre e inseguridad²⁴⁶.

De la anterior característica deriva una segunda diferencia, cual es que, tanto en el supuesto de los PECL y de los PICC nos hallamos ante instrumentos de *soft law*²⁴⁷, esto es, un Derecho que adolece de carácter imperativo: las partes, libre y voluntariamente, pueden someter sus relaciones jurídicas a los dictados de dichos instrumentos. Se constituye así «un Derecho no imperativo, al que las partes pueden acogerse voluntariamente, y que pretende contribuir a crear una uniformización jurídica gracias al poder de persuasión derivado de su autoridad científica»²⁴⁸. Los PECL y los PICC solamente podrán aplicarse, los primeros, en virtud del artículo 1:101 «*cuando*

²⁴⁶ Prueba de la gran dosis de flexibilidad y mutabilidad de la que gozan los PICC y los PECL es el hecho del incesante trabajo de revisión y reelaboración que realizan tanto el Instituto de Roma como la Comisión de Derecho Contractual Europeo.

²⁴⁷ Como señalan Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M. «los PECL surgen a la vida del Derecho sin ninguna pretensión de imperatividad, buscando sólo una general aceptación, un poco a la manera de los Restatements of the Law of Contract norteamericanos», *op. cit.*, p. 78.

²⁴⁸ ARROYO I AMAYUELAS, E., VAQUER ALOY, A., «Un nuevo impulso...», *op. cit.*, p. 2. *Vid.*, también VAQUER ALOY, A., «La vocación europea...», *op. cit.*, p. 5; SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho privado...*, *op. cit.*, p. 308.

las partes hayan acordado incorporarlos al contrato o someter su contrato a los mismos. También podrán aplicarse cuando las partes: a) Hayan convenido que su contrato se rija por los “principios generales del derecho”, la “lex mercatoria” o hayan utilizado expresiones similares. b) No hayan escogido ningún sistema normativo legal que deba regir su contrato»; y los segundos, según lo preceptuado en su preámbulo, «cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos... cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por los “principios generales del derecho”, la “lex mercatoria” o expresiones semejantes». En definitiva, serán aplicados ambos Principios cuando, bien de forma explícita o implícitamente, así haya sido pactado por las partes en uso de la autonomía contractual. En cambio, la CISG constituye un derecho «aplicable por los jueces y tribunales de los Estados a los contratos de compraventa internacional en que concurren las condiciones necesarias de aplicabilidad»²⁴⁹.

En tercer lugar, por lo que respecta al ámbito de aplicación territorial, los PECL se encuentran limitados a la Unión Europea, si bien nada impediría su aplicación por otros sujetos de otros países. En su introducción se pone de manifiesto que «they are a response to a need for a Union-wide infrastructure of contract law to consolidate the rapidly expanding volume of Community law...a formulation of principles of contract law within Europe»²⁵⁰. Expresamente, el artículo 1:101, en su párrafo primero, dispone que «these Principles are intended to be applied as general rules of contract law in the European Communities»²⁵¹. Por contra, tanto la CISG, cuyos artículos 1.1 a) y 1.1 b) determinan su ámbito de aplicación internacional, como los PICC, al establecer en su preámbulo cuáles son los propósitos de los principios, disponen que son reglas aplicables a los contratos mercantiles internacionales y tienen por tanto

²⁴⁹ OLIVA BLÁZQUEZ, F., *Compraventa Internacional...*, op. cit., p.150.

²⁵⁰ LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, op. cit., p. xxi.

²⁵¹ Como señalan Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., «los PECL nacen, según se nos dice, como una respuesta a la necesidad de la Unión de contar con una infraestructura de Derecho de contratos», op. cit., p. 76.

un ámbito de aplicación mayor al de los PECL. El profesor BONELL, al estudiar las diferencias entre los PECL y los PICC, indica que, si bien son instrumentos con gran similitud respecto a su presentación formal, son netamente diferentes respecto a su ámbito de aplicación territorial, puesto que «mentre l'ambito territoriale dei Principi UNIDROIT è mondiale, quello dei Principi europei è formalmente limitato agli Stati membri dell'Unione Europea»²⁵².

En cuarto lugar, en lo que respecta a su ámbito material, los PECL tienen una aplicación más extensa que la CISG y los PICC, puesto que se aplican a todo tipo de contrato. La CISG²⁵³ tiene su ámbito limitado al contrato de compraventa; en cambio, en el caso de los PICC²⁵⁴, este ámbito material es mayor que en la CISG, ya que se extiende a otros tipos de contratos internacionales. Dentro del concepto de contratos mercantiles en sentido amplio, se deben entender incluidos los contratos de prestación de servicios, intercambios de mercaderías y servicios, contratos de inversión, etc. Tanto para la CISG como para los PICC, es irrelevante la tradicional distinción existente en algunos Ordenamientos jurídicos entre el carácter mercantil o civil del contrato²⁵⁵.

²⁵² BONELL, M.J., «I Principi UNIDROIT 2004: una nuova edizione dei Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali», *Diritto del Commercio Internazionale*, Luglio-Settembre, Giuffrè Editore, Milano, 2004, p. 566 y como explica ZIMMERMANN, R., «el Proyecto Unidroit se diferencia sobre todo de la empresa de la Comisión Lando por su objetivo global no limitado sólo a la Unión Europea», *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 120.

²⁵³ Su artículo 1.1) dispone que «la presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías», exceptuando su aplicación a una serie de contratos de compraventa en su artículo 2, tales como los contratos con consumidores, de buques, electricidad, etc.

²⁵⁴ El Preámbulo de los PICC, aun extendiendo su ámbito de aplicación respecto de la CISG, limita su aplicación a los contratos mercantiles internacionales. El comentario oficial aclara que su objetivo es «incluir no solamente a las operaciones comerciales para el abastecimiento o intercambio de mercaderías o servicios, sino también otros tipos de operaciones económicas, como las de inversión y/o otorgamiento de concesiones, los contratos de prestación de servicios profesionales, etc».

²⁵⁵ Respecto a la irrelevancia del carácter mercantil o civil de las partes, el artículo 1.3) de la CISG, en términos que no dan lugar a dudas, disponen que «a los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato». Sobre el ámbito material de aplicación de la CISG vid., entre otros, ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P.,

Los PECL, en la línea seguida por la CISG y los PICC, también son ajenos a la tradicional distinción entre contratos civiles y mercantiles. Su artículo 1:101 dispone que serán aplicados «*como reglas generales del Derecho de los contratos*», sin adjetivar en ningún momento a dicho Derecho. Ahora bien, la diferencia fundamental en lo que respecta a su ámbito de aplicación *ratione materiae* -entre los PECL, de un lado, y los dos mencionados instrumentos internacionales, de otro-, radica en que aquéllos son aplicables a todos los contratos. Es un Derecho aplicable a los contratos en general, incluidos los contratos con consumidores²⁵⁶. La CISG sólo resulta aplicable en determinados supuestos a los contratos con consumidores en virtud de la excepción prevista en su artículo 2, apartado a)²⁵⁷. En relación al diferente ámbito de aplicación material de los PICC y los PECL, ha señalado el profesor LANDO que «another difference the two sets of Principles is that the Unidroit Principles apply only to commercial contracts. Consumer contracts are not included. International consumer contracts exist, but they do not have the same significant economic importance for the world trade as commercial contracts, and it would not be appropriate to let the Unidroit Principles govern consumers for whom many countries have enacted special protective laws. The EU already

Derecho Mercantil Internacional..., op. cit., pp. 93 a 104. En lo que respecta a los PICC, el comentario oficial a su Preámbulo clarifica que el hecho de que en su terminología se emplee la expresión «*contratos mercantiles*», no debe llevar a la conclusión errónea de que se está excluyendo de su campo de aplicación a los «*contratos no mercantiles*», ya que el único fin perseguido con dicha expresión es «*exclure del ámbito de los Principios las llamadas "operaciones de consumo"*».

²⁵⁶ Señalan Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., que «del mismo modo que no se recibe la dualidad civil-mercantil, tampoco hay en los PECL ninguna dualidad de regulaciones de contratos en general y de contratos de consumidores. Las normas contenidas en los PECL son aplicables a todos los contratos», op. cit., p. 88. Por su parte BONELL al comparar a los PICC con los PECL manifiesta que «i due strumenti si differenziano nettamente quanto al loro ambito de applicazione. I Principi UNIDROIT riguardano i contratti commerciali internazionali, mentre i Principi europei sono destinati ad applicarsi a tutti i tipi di contratti, ivi compresi i contratti puramente interni e quelli tra professionisti e consumatori», «I Principi UNIDROIT 2004...», op. cit., p. 566.

²⁵⁷ Art. 2 de la CISG: «*La presente Convención no se aplicará a las compraventas: a) De mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso*».

has a consumer contract law which will form part of a future European Code of Contracts. The PECL have not excluded consumer contracts but have not provided special consumer protective measures either»²⁵⁸.

En quinto lugar, respecto de la estructura y presentación formal, el Comentario no Oficial de la Secretaría de UNCITRAL al Proyecto de Convención de 1978, que tiene como objetivo clarificar la interpretación de sus artículos, que hace referencia a la ley uniforme anterior a la CISG y analiza individualmente cada precepto, no fue incluido en el texto finalmente aprobado, por lo que el texto vienés se ha visto limitado en su composición a sólo una serie de artículos. En cambio, los PICC acompañan a cada artículo unos comentarios en los que no sólo se intentan aclarar la regla en ellos contenida, sino que también se ilustra su funcionamiento a través de ejemplos. La estructura y presentación de los PECL es similar a la de los PICC, pero además presentan una diferencia fundamental, puesto que los PECL, además de los artículos y sus comentarios ilustrados mediante los correspondientes ejemplos, van acompañados de unas notas que tienen como objetivo identificar la fuente o fuentes de las que proviene la solución adoptada en los preceptos, así como describir la solución adoptada por cada Estado miembro de la Unión Europea para resolver el caso concreto²⁵⁹.

²⁵⁸ LANDO, O., «Principles of European Contract Law and Unidroit Principles: Similarities, Differences and Perspectives», en AA.VV., *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, (diretto da M. J. Bonell), Roma, 2002, w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/49lando.pdf, p. 9.

²⁵⁹ Afirman LANDO, O., BEALE, H., que «each Article is followed by a Comment stating the reason for the rule, and its purpose, operation and relationship to other rules. The operation of the rule is further explained by the use of Illustrations. A concluding Note to the rule identifies the principal sources utilised and describes briefly the manner in which the issue is dealt with in the various legal systems of the Member States of the European Union», *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, op. cit., p. xxvi; BONELL, M.J., indica que «the absence of comparative notes in the UNIDROIT Principles has been criticised on the ground that the indication of the national precedents for the solutions adopted in the UNIDROIT Principles would have conferred on them greater authoritative character. However, in this respect it should be borne in mind that, as already pointed out, it was inevitable in the preparation of the UNIDROIT Principles that the laws of some countries played a more significant role than those of others. Consequently it might even have been counterproductive to highlight this fact by including comparative notes in the official text of the Principles. On the other hand, notwithstanding the much more restricted and homogeneous legal back-ground of the European Principles, even their comparative notes do not always provide adequate support for the

En sexto lugar, respecto a sus autores y a su proceso de discusión y elaboración, tanto los PICC como los PECL han sido realizados por grupos de expertos juristas pertenecientes a diferentes Estados, tributarios de diferentes sistemas jurídicos²⁶⁰ y carentes de la representación oficial de sus Naciones. Si bien los miembros de la CISG, al igual que «the members of the Unidroit group came from all parts of the world, those of the CECL from the European Communities»²⁶¹, lo que ha propiciado la atmósfera idónea para adoptar las soluciones prácticas que mejor se adecuen a las exigencias del tráfico transnacional al que van dirigidas, huyendo de la adopción de soluciones de consenso, como, sin embargo, sí ocurrió en la CISG, en la que las opiniones de los representantes estatales no se encontraban ajenas a «la carga político-diplomática que cualquier intento de unificación legal supranacional conlleva»²⁶².

En séptimo lugar, respecto al contenido normativo, la fuerte influencia que han tenido la CISG, principalmente, y los PICC, en la redacción de los artículos de los PECL, se encuentra reflejada en el hecho de que muchos artículos de éstos resultan complementarios, cuando no coincidentes, con muchos de aquéllos. Sirvan como ejemplos las reglas generales sobre la indemnización de los daños y perjuicios contenidas en los artículos 74 de la CISG, 7.4.2 (1) y (2) y 7.4.4 de los PICC y 9:501, 9:502 y 9:503 de los PECL²⁶³.

solutions adopted», *An Internacional...*, *op. cit.*, p. 88 y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., afirma que los PICC de los PECL «también se diferencian en el hecho de que mientras que en los Principios Unidroit no existen referencias a sistemas legales nacionales renunciando a incorporar anotaciones de derecho comparado, no ocurre lo mismo en los Principios Lando donde las referencias a sistemas comparados es esencial y base del propio trabajo», «La unificación del derecho...», *op. cit.*, p. 246.

²⁶⁰ Indica FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S.L., en alusión a los PICC y los PECL «que los instrumentos examinados emanan, no ya de representantes de los Estados en foros internacionales, sino de la particular opinión de distinguidos expertos que representan gran parte del espectro de las familias jurídicas existentes», *Los Principios Unidroit...*, *op. cit.*, p.1.

²⁶¹ LANDO, O., «Principles of European...», *op. cit.*, p. 1.

²⁶² OLIVA BLÁZQUEZ, F., *Compraventa Internacional...*, *op. cit.*, p. 153.

²⁶³ Sobre las coincidencias entre los PICC y los PECL, *vid.*, entre otros, los análisis realizados por BONELL, M.J., *An Internacional...*, *op. cit.*, pp. 89 a 91 y «I Principi UNIDROIT

De la misma forma que se adoptan soluciones similares para unos mismos problemas, también existen divergencias²⁶⁴ e incluso, en algunos casos, cuestiones que no son abordadas en sus articulados, como por ejemplo en lo relativo a la validez del contrato, que se dejó extramuros de la CISG, y que ha sido regulada en el Capítulo III de los PICC y en el Capítulo IV de los PECL. Las diferencias son fundamentalmente de naturaleza técnica²⁶⁵, aunque también existen divergencias de carácter político²⁶⁶.

Por último, los tres instrumentos comparten similar objetivo, a saber: la disminución de la inseguridad e incertidumbre en el Derecho de los contratos, aumentando la confianza de los sujetos intervinientes en los negocios, ya sea a nivel mundial o regional.

2004...», *op. cit.*, p. 566, quien afirma que «soltanto 2/3 dei 185 articoli contenuti nei Principi UNIDROIT 2004 hanno delle disposizioni corrispondenti, almeno nella sostanza, nei Principi europei» y LANDO, O., señala que «the structure, terminology and contents are similar. Both deal with the general principles of contract law. The chapter follow chronologically the life of the contract from its performance. Most of chapters of the two books that have been published treat the same subjects in the same order, formation, validity, interpretation, content, performance and non-performance», «*Principles of European...*», *op. cit.*, p. 4.

²⁶⁴ Respecto a los PICC y los PECL, manifiesta BONELL, M.J., que «quanto alle differenze, se è vero che la maggior parte sono di natura meramente “técnica”, altre differenze sono di natura squisitamente “política”», *An Internacional...*, *op. cit.*, 566, sobre las diferencias técnicas y políticas *vid.* también pp. 566 a 572 de la obra citada.

²⁶⁵ Como ejemplo de divergencias técnicas en el ámbito de la indemnización de los daños contractuales, puede señalarse la limitación del monto indemnizatorio, tanto en la CISG (art.74), como en los PICC (art. 7.4.4) a las pérdidas que se hubieran previsto o que debieran haberse previsto en el momento de la celebración del contrato. Tal limitación tiene una importante excepción en la parte final del artículo 9:503 de los PECL, ya que si la parte que incumple lo hace de forma deliberada o gravemente negligente, verá extendida su responsabilidad a todo el daño causado, aun cuando no fuera previsible.

²⁶⁶ Las diferencias de naturaleza política derivan fundamentalmente de los distintos ámbitos materiales y territoriales a los que van destinados. Una de ellas, e importante, que fluye del diferente ámbito material será la forma de entender el deber de las partes de comportarse según el principio de la buena fe, puesto que mientras el artículo 1:102 de los PECL establece la buena fe en términos generales, tanto el artículo 7.1) de la CISG como el artículo 1.7 de los PICC hacen referencia a la buena fe en el comercio internacional.

4.6. Estructura de los PECL

Como ya se ha indicado, la “Comisión Lando” realizó sus trabajos en tres Comisiones sucesivas, habiendo publicado cada una de ellas una parte de las tres que constituyen el texto final, si bien la segunda realizó una revisión de la parte primera. Los PECL constituyen un texto articulado, de manera similar a los Códigos decimonónicos, de principios o reglas dispuestos en 17 Capítulos que, a su vez, se dividen en un total de 200 artículos. En algunos de los Capítulos los artículos se encuentran agrupados en secciones (Capítulos 1, 2, 3, 9, 10, 11, 12 y 14). Cada una de las partes en que se han publicado los PECL viene precedida de un análisis o resumen general de las disposiciones que contiene²⁶⁷.

Cada artículo se identifica con una numeración de cuatro dígitos y un título o denominación que identifica la materia que regula. El primer número se refiere al Capítulo en el que se integra el artículo; el segundo, a la sección en la que se agrupa. En caso de no existir secciones en el Capítulo, el segundo número adopta el 1. Los otros dos dígitos se refieren al orden del artículo dentro de la sección o Capítulo. A modo de ejemplo de lo anterior, el artículo titulado «*Previsibilidad*» es el 9:503, porque pertenece al Capítulo 9, sección 5 «*Daños y perjuicios*» y es el artículo número 3 que se agrupa en dicha sección²⁶⁸.

Los artículos que han sido redactados en forma clara y concisa²⁶⁹, vienen acompañados, de forma similar a los *Restatements* norteamericanos y

²⁶⁷ LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. xxvi. *Vid.* también GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Los principios Lando», *op. cit.*, p. 155.

²⁶⁸ Respecto a la numeración mediante cuatro dígitos afirma GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., que «tiende a facilitar la integración de futuras modificaciones, sin afectar a todo el articulado», «Los principios Lando», *op. cit.*, p. 155.

²⁶⁹ En este sentido indica GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., que los artículos de los PECL representan «la redacción de preceptos breves y concisos, en lenguaje claro, sencillo y accesible al no especialista, evitando términos ligados a la técnica de un país determinado, se ensalzan como una de las virtudes de un texto articulado», «Los principios Lando», *op. cit.*, p.

al UCC, por Comentarios y Notas. Los Comentarios constituyen una explicación o interpretación auténtica de lo que se establece en la letra del artículo, y además contienen ejemplos que facilitan la comprensión y la concreción de su alcance²⁷⁰. Por último, las Notas, ofrecen una interesante síntesis, o, como lo denomina MARTÍNEZ SANZ, un «*background*»²⁷¹, de cómo se ha tratado la cuestión en los Derechos nacionales o en otros textos legales, estableciendo sus similitudes y diferencias²⁷².

5. OTRAS INICIATIVAS PRIVADAS DE UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

5.1. Introducción

Como ya indicamos en la Introducción al estudio de los PECL, en el proceso de construcción del Derecho Privado Europeo, ha sido relevante el papel desempeñado por los numerosos grupos de investigadores que, con

155. Sobre el estilo accesible, abierto y flexible de los artículos de los PECL, *vid.*, HESSELINK, M.W., «The Principles of...», *op. cit.*, pp. 34 a 36.

²⁷⁰ Respecto a los Comentarios, afirma HESSELINK, M.W., que «provide a very important source of information. The Comments ensure that lawyers from the various European traditions have a clear idea of what the Lando Commission means by the abstract formulas contained in the Articles. They are an invaluable product of collective, international scholarship, which may also, together with a casebook, provide excellent materials for teaching the law of contract in Europe. For the reason it is of particular importance that Ole Lando has made sure that a student's edition would be available (Frankly, for optimal dissemination it would have been better if the whole document had been made freely available on the Internet). In my view, the format is very appropriate for all the purposes the PECL are meant to serve. Because of the Comments, which contain many very helpful illustrations, the PECL are much less abstract and provide much more information and certainty than a classical code. In that sense the adoption of the PECL as a European Code of Contracts would mean important progress for many legal systems. On the other hand, for the same reason, it would be an inexcusable mistake to cut off the Comments and Notes and to adopt only the black-letter articles as a European code», «The Principles of...», *op. cit.*, pp. 33 y 34.

²⁷¹ MARTÍNEZ SANZ, F., «Principios de Derecho...», *op. cit.*, p. 196.

²⁷² *Vid.*, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Los principios Lando», *op. cit.*, p. 155; LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. xxvi; MARTÍNEZ SANZ, F., «Principios de Derecho...», *op. cit.*, p. 196; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «La unificación del...», *op. cit.*, p. 256.

diferentes metodologías y resultados, han elaborado interesantes aportaciones con el fin de construir un Derecho Privado Europeo. Aunque nuestra investigación se ha centrado en los PECL, concretamente en el estudio de la indemnización de los daños y perjuicios contractuales, en los epígrafes siguientes realizaremos un análisis de los objetivos y trabajos desarrollados por el “Grupo de Pavía”, el “Proyecto de Trento”, el “Grupo de Estudio de un Código Civil Europeo (Proyecto VON BAR)”, y el “Grupo Acquis Communautaire”.

5.2. La “Academia de Privatistas Europeos” (“Proyecto de GANDOLFI” o “Grupo de Pavía”)

Los orígenes de la “Academia de Privatistas Europeos”²⁷³ se remontan al Grupo de Trabajo creado por el profesor Giuseppe GANDOLFI con el propósito de afrontar el estudio de una codificación futura en el ámbito de los contratos a nivel europeo. Con tal objetivo fue convocado por dicho profesor un Congreso titulado «*El futuro Código de los Contratos*», celebrado en la Universidad de Pavía los días 20 y 21 de octubre de 1990 para tratar la unificación del Derecho

²⁷³ Sobre la génesis de la “Academia de Privatistas Europeos”, *vid.*, entre otros: ANNIBALETI, D., «Il futuro codice europeo delle obbligazioni e dei contratti: un incontro di studio a Pavía», *Jus*, número 85, 1992, pp. 85 a 88; CORDINI, G., «“Convegno di Pavía” sobre la futura Codificación Europea de Obligaciones y Contratos», *Anuario de Derecho Civil*, recopilado en *Incontro di Studio su Il Futuro Codice Europeo dei Contratti*, Pavía, 20-21 ottobre 1990, (a cura di Peter Stein), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1993, pp. 239 a 245 y «Il Convegno di Pavía sulla codificazione europea in tema di obbligazioni e contratti», *Quadrimestre Rivista di diritto privato*, 1991, recopilado en *Incontro di Studio su Il Futuro Codice Europeo dei Contratti*, Pavía, 20-21 ottobre 1990, (a cura di Peter Stein), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1993, pp. 249 a 252; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L., «El Anteproyecto de “Código Europeo de Contratos” de la Academia de Pavía», en AA. VV., *La Unificación Jurídica Europea*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP, (director José Manuel García Collantes), Civitas, Madrid, 1999, pp. 253 a 265; GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., «La unificación del...», *op. cit.*, pp. 1791 a 1795; GARCÍA CANTERO, G., «El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Proyecto Gandolfi o del Grupo de Pavía)», en AA. VV., *Derecho Privado Europeo*, (coordinado por Sergio Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2003, p. 208. *Vid.*, en relación a las ponencias presentadas en el Congreso de Pavía, STEIN, P., *Incontro di Studio su Il Futuro Codice Europeo dei Contratti*, Pavía, 20-21 ottobre 1990, (a cura di Peter Stein), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1993, pp. 207 a 209; VATTIER FUENZALIDA, C., «El Anteproyecto de Pavía», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, número 10, 2003, pp. 424 a 426.

européo de los contratos²⁷⁴. Posteriormente, fruto de las ponencias y conclusiones de dicho Congreso y con la finalidad de redactar un Código europeo de contratos como medio más eficaz de contribuir al desarrollo jurídico del mercado único europeo, se creó el día 9 de noviembre de 1992 en la Universidad de Pavía la “Academia de Privatistas Europeos”²⁷⁵, también conocida como Grupo de Pavía o Proyecto GANDOLFI, en honor a su alma mater. En la actualidad está constituida por más de ochenta juristas de todos los Estados miembros de la Unión Europea, e incluso no comunitarios, como Suiza, habiendo estado presidida, durante casi una década, hasta su fallecimiento, por el profesor José Luis DE LOS MOZOS²⁷⁶.

²⁷⁴ En dicho Congreso, como indica GARCÍA CANTERO, G., «con carácter preliminar se discuten las cuatro cuestiones siguientes: 1ª) Dado que en 1993 tiene que comenzar a funcionar el mercado común interno ¿sería necesario, o, al menos, conveniente, disponer de un único código de contratos?. 2ª) Dadas las diferencias existentes entre los sistemas legales vigentes ¿existen condiciones adecuadas para tal código único? 3ª) ¿Qué aspectos esenciales debería tener en cuenta y en qué principios debería basarse? Y 4ª) Como hipótesis de trabajo ¿debería tomarse como modelo de base un código ya existente? Mientras las dos primeras cuestiones se aceptaron por unanimidad, la tercera fue objeto de gran debate que prosiguió, incluso, después de acabado el Congreso, mientras que la última se resolvió aceptando el libro 4ª del C.c. italiano de 1942 como texto base», GARCÍA CANTERO, G., «El Anteproyecto de ...», *op. cit.*, p. 208.

²⁷⁵ Sobre los trabajos realizados por el “Grupo de Pavía”, *vid.*, entre otros: DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L., «La propuesta de un Código europeo de contratos del “Convenio de Pavía”, visto desde España», en AA. VV., *Estudios de Derecho Europeo Privado*, (obra coordinada por Díaz Fraile), Madrid, 1994, pp. 181 a 216, «Integración Europea: Derecho Comunitario y Derecho Común», *Revista de Derecho Privado*, 1993, pp. 211 a 225 y «“Convenio di Pavía” sobre la futura codificación europea de obligaciones y contratos», *Revista de Derecho Privado*, 1991, recopilado en *Incontro di Studio su Il Futuro Codice Europeo dei Contratti*, Pavía, 20-21 ottobre 1990, (a cura di Peter Stein), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1993, pp. 231 a 234; DE LOS MOZOS, J.L., MAYER-MALY, T., WHINCUP, M., E., WIEACKER, F., «Il futuro “codice europeo dei contratti”», *Il Foro Padano*, 1992, II, pp. 45 a 57; GANDOLFI, G., «Per un Codice Europeo dei Contratti», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1991, pp. 781 a 810 y «Sul progetto di un “codice europeo dei contratti”», *Rassegna di Diritto Civile*, 1996, pp. 105 a 116; GARCÍA CANTERO, G., «El Anteproyecto de ...», *op. cit.*, pp. 205 a 215; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «La unificación del...», *op. cit.*, pp. 249 a 253; STEIN, P., *Incontro di Studio...*, *op. cit.* y *Convegni di Studio per la Redazione del Progetto di un Codice Europeo dei Contratti*, Pavía, 1992-1994, (a cura di Peter Stein), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1996; y VATTIER, C., DE LA CUESTA, J.Mª., CABALLERO, J.Mª., *Código Europeo de Contratos, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*, Tomo I y II Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, (dirigido por Carlos Vattier, José Mª. de la Cuesta y José Mª Caballero), Dykinson, Madrid, 2003.

²⁷⁶ El “Grupo de Pavía” fue constituido por el siguiente elenco de juristas de prestigio: BRANCACCIO, A., DE LOS MOZOS, J.L., GANDOLFI, G., STEIN, P., TRABUCCHI, A. (primer presidente), TUNC, A., WIEACKER, F. Posteriormente se han ido incorporando otros profesores, tales como BIANCA, C.M., RESCIGNO, P., CANARIS, C.W., GARCÍA CANTERO, G., etc...

El “Grupo de Pavía” tomó como punto de partida dos fuentes básicas:

- En primer lugar el Libro 4^a del *Codice Civile* italiano de 1942, lo que justificó DE LOS MOZOS señalando que «el Código italiano, en esta materia, tiene como modelo el “Proyecto franco-italiano de Código de obligaciones” de 1927, pero además, es un Código que se abre a las realidades económicas de nuestro tiempo, siguiendo fiel a la tradición latina, pero asumiendo también, en muy buena parte, la herencia del pandectismo alemán y siendo, por lo demás, uno de los mejores conocidos en los países del “Common Law”»²⁷⁷.
- Y, en un segundo plano, el texto del *Contract Code* elaborado a petición de la *Oxford Law Commission* por el profesor MCGREGOR²⁷⁸.

²⁷⁷ DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L., «El Anteproyecto de “Código...», *op. cit.*, p. 254. En la misma línea, indica VALIÑO ARCOS, E., que «el modelo del que se parte para la investigación y la discusión es el Código civil italiano de 1942, que ocupa una posición intermedia entre los dos grandes monumentos de la codificación, el “Code” francés y el “BGB” alemán, además de constituir la manifestación más moderna de este movimiento compilador, que incluso posibilita la apertura de un diálogo fructuoso con las orientaciones del “Common Law”, de las que ya venía a constituir expresión en algunos aspectos, no sin quebrar de alguna manera en cuanto a la forma tradicional de producción de tal derecho, el “Contract Code” de MCGREGOR, capaz de aglutinar la tradición del Derecho inglés y escocés en sede contractual, con un marcado influjo del Derecho romano, cuya consecución se había ya intentado en los años sesenta. En definitiva, su posición intermedia entre las dos grandes expresiones del derecho continental codificado, la fusión que lleva a cabo del derecho civil y mercantil, su mayor modernidad e incluso ciertas características de la regulación que propone en sede de contratos determinan sin duda su menor distanciamiento del moderno Derecho inglés, lo que convierte al Código civil italiano, a juicio de GANDOLFI, en el modelo más recomendable desde el que poder acometer el propósito unificador, pero sin olvidar que el modelo proporciona sencillamente un punto de partida sobre el que hace falta todavía trabajar con extremada profusión y sin caer en el olvido el “Contract Code” de MCGREGOR, que adquirió así la condición de modelo adicional en cuanto expresión del enriquecedor punto de vista que entraña el “Common Law”», «Observaciones preliminares sobre el Anteproyecto “Gandolfi”: Hacia la consecución de un “Code Européen des Contrats», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, número 10, 2003, pp. 397 y 398.

²⁷⁸ El *Contract Code* fue elaborado en los años sesenta bajo el impulso de la *English Law Commission* del Parlamento británico, con el deseo de avanzar en la tarea de una codificación del Derecho inglés y escocés de los contratos, siendo precisamente ese intento de conciliar el *Common Law* con el *Civil Law*, acudiendo a las raíces comunes de ambas tradiciones, lo que dota de interés al trabajo. La obra fue finalizada en 1972, pero no fue publicada hasta 1993, como consecuencia del interés que suscitó entre los asistentes al Congreso de Pavía de 1990. Su texto puede ser consultado en MCGREGOR, H., *Contract Code*, (Traducción y Nota Preliminar por José María de la Cuesta Sáenz y Carlos Vattier Fuenzalida), Bosch Editor, Barcelona, 1997.

Finalmente, en el año 1999, el “Grupo de Pavía” publicó el “Anteproyecto de Código Europeo de contratos”²⁷⁹, integrado por 173 artículos, agrupados en 11 títulos, algunos de los cuales aparecen subdivididos en secciones²⁸⁰.

5.3. El “Núcleo Común del Derecho Privado Europeo” (“Grupo de Trento”)

El “Núcleo Común del Derecho Privado Europeo” (*“Common Core of European Private Law”*), también conocido con el nombre de “Proyecto de Trento”, fue constituido en el año 1995 en la Universidad de Trento, bajo la dirección de los profesores italianos Ugo MATTEI y Mauro BUSSANI²⁸¹. Su primer

²⁷⁹ GANDOLFI, G., *Code Européen des Contrats/Avant-projet, Livre premier*, Giuffrè, Milano, 1999 (existe una segunda edición de 2001). Puede consultarse una versión española de DE LOS MOZOS, J.L., LUNA, A., en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, número 4, 2001, pp. 713-804, igualmente en VATTIER, C., DE LA CUESTA, J.M^a., CABALLERO, J.M^a., *Código Europeo de...*, *op. cit.*

²⁸⁰ Su estructura interna es la siguiente: Título I. Disposiciones preliminares (arts. 1 a 5); Título II. Formación del contrato (arts. 6 a 24): sección 1^a. Tratos preliminares; sección 2^a. Celebración del contrato; Título III. Contenido del contrato (arts. 25 a 33); Título IV. Forma del contrato (arts. 34 a 38); Título V. Interpretación del contrato (arts. 39 a 41); Título VI. Efectos del contrato (arts. 42 a 74): sección 1^a. Disposiciones preliminares, sección 2^a. Efectos debidos a elementos accidentales, sección 3^a. Representación; sección 4^a. Contrato por persona a designar, sección 5^a. Contrato a favor de tercero; Título VII. Cumplimiento del contrato (arts. 75 a 88): sección 1^a. Disposiciones generales, sección 2^a. Cumplimiento de algunas obligaciones contractuales; Título VIII. Incumplimiento del contrato (arts. 89 a 117): sección 1^a. Disposiciones generales, sección 2^a. Mora del acreedor, sección 3^a. Efectos del incumplimiento; Título IX. Cesión del contrato y de las relaciones que nacen de él (arts. 118 a 1127); Título X. Extinción del contrato y de las relaciones que nacen de él (arts. 128 a 136): sección 1^a. Hechos extintivos y que entrañan prescripción y caducidad, sección 2^a. Cesión de créditos, sección 3^a. Prescripción y caducidad. Título XI. Otras anomalías y remedios del contrato (arts. 137 a 173).

²⁸¹ *Vid.*, sobre el “Grupo de Trento” y sus trabajos, entre otros, los siguientes: BUSSANI, M., «Il nucleo comune del diritto privato europeo (un progetto dell'Università di Trento)», en AA.VV., (dir. Rizzo, V.), *Diritto Privato comunitario. Fonti, Principi, Obbligazioni e contratti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997, pp. 126 a 136 y «Integrative' Comparative Law Enterprises and the Inner Stratification of Legal Systems», *European Review of Private Law*, número 8, 2000, pp. 85 a 99; BUSSANI, M., MATTEI, U., «The Common Core Approach to European Private Law», *Columbia Journal of European Law*, número 3, 1997-1998, pp. 339 y ss. (consultado en <http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core/approach.html>), *Making European Law. Essays on the “Common Core” Project*, Università degli Studi di Trento, 2000 y *The Common Core of European Private Law. Essays on the Project*, Kluwer, The Hague/London/New York, 2002; CÁMARA LAPUENTE, S., «El “Núcleo común del Derecho Privado

encuentro de trabajo tuvo lugar los días 6 a 8 de julio de 1995 y desde entonces se vinieron reuniendo una vez al año en Trento, y desde el decimotercer encuentro las reuniones han tenido lugar en Turín, habiendo sido la última reunión los días 22 y 23 de junio de 2012. En la actualidad se encuentra integrada por más de cien miembros, principalmente profesores de universidad²⁸², si bien también son miembros otros profesionales del Derecho, como abogados y notarios²⁸³.

El “Grupo de Trento” está organizado en tres secciones, dedicadas a contratos, propiedad y responsabilidad extracontractual. Cada sección, a su vez, se divide en diversas materias²⁸⁴.

Tiene como objetivo confeccionar una cartografía jurídica para desenterrar el núcleo común del Derecho privado de los distintos sistemas jurídicos de la Unión Europea²⁸⁵. Como afirma CÁMARA LAPUENTE, «se trata de

Europeo” (Proyecto de Trento)», en AA. VV., *Derecho Privado Europeo*, (coordinado por Sergio Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2003, pp. 227 a 234; HONDIUS, E., «The Common Core of European Private Law», *European Review of Private Law*, 8/1, 2000, pp. 249 a 251 y «Good Faith in European Contract Law -A First Publication of the Trento Common Core Project», *European Review of Private Law*, 10/3, 2002, pp. 471 y 472; KASIRER, N., «The Common Core of European Private Law in Boxes and Bundles», *European Review of Private Law*, 10/3, 2002, pp. 417 a 437; KÖTZ, H., «The Common Core of European Private Law: Third General Meeting, Trento, 17-19 July 1997», *European Review of Private Law*, número 5, 1997, pp. 549 a 552; MASIDE MIRANDA, J.E., «El futuro Código...», *op. cit.*, p. 1808 y OLIVA BLÁZQUEZ, F., *Proyecto de investigación...*, *op. cit.*, pp. 91 y 92.

²⁸² Posiblemente sea el grupo de estudio que cuente con un mayor número de miembros españoles. Desde sus inicios se han ido incorporando, entre otros, los siguientes profesores: JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., FERNÁNDEZ GREGORACI, B., FERRER RIBA, J., ISERN SALVAT, R., LASARTE ÁLVAREZ, C., MARTÍN SANTISTEBAN, S., MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., NASARRE-AZNAR, S., NAVAS NAVARRO, S., ROY PÉREZ, C., SÁNCHEZ JORDÁN, E., VICENTE DOMINGO, E., etc...

²⁸³ Sobre los participantes, encuentros, trabajos y demás cuestiones de interés del “Grupo de Trento”, consultar <http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core/home.html> <http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core/approach.html>.

²⁸⁴ La sección dedicada a los contratos está presidida por el profesor WHITTAKER, S., y está subdividida en las siguientes materias: buena fe, causa y consideration, error y dolo, responsabilidad precontractual. La sección relativa a la propiedad, presidida por el profesor GAMBARO, A., se subdivide a su vez en: garantías sobre bienes inmuebles, información como propiedad, propiedad sobre el medio ambiente y *truts*. La última sección, dedicada a la responsabilidad extracontractual, la preside el profesor REIMANN, M., y estudia las materias relativas a daño puramente económico, responsabilidad objetiva y *complex liability*.

desentrañar las analogías profundas entre los ordenamientos, ocultas muchas veces en diferencias puramente formales, fruto de siglos [de] autonomía de tradiciones en cuanto a conceptos, reglas, fuentes y técnicas jurídicas»²⁸⁶. Precisamente el objetivo o finalidad perseguida por el “Grupo de Trento” es la característica principal que lo distingue respecto a los trabajos de la “Comisión Lando”, el “Grupo de Pavía” y el “Grupo Von Bar”. El primero persigue trazar un mapa de las analogías y diferencias entre los distintos Ordenamientos, cuyo resultado sería el reflejo de una verdadera cultura jurídica europea común, sin pretensión de elaborar o formular principios uniformes en forma de *soft law*²⁸⁷. En cambio, los segundos sí persiguen la redacción de un texto articulado o normativo de principios o reglas uniformes como base de un futuro Código civil europeo. En este sentido, CÁMARA LAPUENTE indica de forma gráfica que «la

²⁸⁵ BUSSANI, M., MATTEI, U., afirman que «stating it in very simple terms, we are seeking to unearth the common core of the bulk of European private law, i.e., of what is already common, if anything, among the different legal systems of European Union member states. Such systems are differentiated not only by the civil law and the common law heritage, but also by a number of other Western legal traditions (or sub-traditions), according to the taxonomy one wishes to adopt. These differences impede our task, particularly if the perspective encompasses procedure and legal institutions where the divergence of legal tradition may be even more important. Consequently, we decided to limit our search to private law, within the general categories of contracts, torts, and property. The task we are pursuing may seem ambitious, but is not overly so. Pursuant to the Newtonian metaphor of the dwarf standing on the shoulders of the giant ("If I've seen further it is by standing on the shoulders of giants"), our task is feasible... Such a common core must be revealed in order to obtain at least the mainlines of a reliable geographical map of the law of Europe. What the use of this map will be is of no concern to the cartographers who are drafting it. However, if reliable, it may become indispensable for whomever is entrusted with drafting European legislation. This may be particularly so in the process that appears to lead incrementally towards restatement and/or codification... That is why the rhetoric of the law is not something useless that can be disregarded in the drafting of a geographical map of European law. It would be like drafting a map with no signs of different scenic beauties or of different monuments. While such a map could show us the shortest way from Trento to Maastricht, it would not offer us a satisfactory map of the geography between the Alps and the Dutch border. This cartographic aim is what makes the methodological aspect of the project so crucial», «The Common Core Approach...», *op. cit.*

²⁸⁶ CÁMARA LAPUENTE, S., «El “Núcleo común...», *op. cit.*, p. 228.

²⁸⁷ En este sentido indican BUSSANI, M., MATTEI, U., que «this project seeks only to analyze the present complex situation in a reliable way. While we believe that cultural diversity in the law is an asset, we do not wish to take a preservationist approach. Nor do we wish to push in the direction of uniformity. This is probably the most important cultural difference between the Common Core project and other remarkable enterprises (such as the Unidroit Principles or the Lando Commission) which may be seen as engaging in city planning rather than cartographic drafting» «The Common Core Approach...», *op. cit.*

diferencia estriba en que mientras estos otros relevantes proyectos “normativos” o afines a la técnica del *restatement*, basados igualmente en la comparación, se ocupan del trazado urbanístico que debería tener la futura ciudad, el proyecto de Trento tan sólo ofrece un plano de lo ya existente, con todas sus imperfecciones, con sus convergencias y divergencias»²⁸⁸.

Por lo que respecta a la metodología empleada por el “Grupo de Trento” para la obtención del *Common Core*, expresamente MATTEI y BUSSANI afirman que su «project is born with two cultural parents: the experience of the Cornell Studies directed by R. Schlesinger in the 1960's and the dynamic comparative law methodology as principally developed by R. Sacco in the last 30 years»²⁸⁹. La metodología de “aproximación fáctica” empleada por SCHLESINGER consiste en el establecimiento de una serie de casos prácticos (*Case Law*) que deben ser contestados por los expertos nacionales para comparar los resultados²⁹⁰. En la contestación de los resultados, se tendrá en cuenta no sólo la ley nacional, sino también la doctrina y la jurisprudencia de cada Ordenamiento jurídico europeo²⁹¹, y es aquí donde late la influencia de la metodología de los “elementos jurídicos formativos o legal formants” de SACCO²⁹².

²⁸⁸ CÁMARA LAPUENTE, S., «El “Núcleo común...», *op. cit.*, p. 228.

²⁸⁹ BUSSANI, M., MATTEI, U., «The Common Core Approach...», *op. cit. Vid.*, también HONDIUS, E., «The Common Core...», *op. cit.*, p. 249.

²⁹⁰ SCHLESINGER, R., *Formation of Contract- A Study of the Common Core of Legal Systems*, New York-London, 1968.

²⁹¹ La metodología adoptada por el “Grupo de Trento” ha sido objeto de diversas críticas, así, como señala CÁMARA LAPUENTE, S., «se le ha imputado su excesivo apego al sistema angloamericano del *case law* por su punto de partida fáctico, de forma que carece de neutralidad; su carácter elitista por el carácter cerrado de la red de investigación o lo difícil que resulta captar la auténtica realidad contractual vivida y cambiante en cada país al margen de leyes y jurisprudencia; o la contradicción que supone la elección del inglés como lenguaje de trabajo en esta actividad académica internacional, renunciando así a la diversidad multilingüística europea, en un proyecto que anuncia su preferencia por el funcionalismo frente al formalismo, el respeto a la diversidad frente a la uniformidad», «El “Núcleo común...», *op. cit.*, pp. 231 y 232.

²⁹² Respecto a la metodología del “Grupo de Trento” *vid.*, BUSSANI, M., MATTEI, U., «The Common Core Approach...», *op. cit.*; CÁMARA LAPUENTE, S., «El “Núcleo común...», *op. cit.*, pp. 229 a 232 y MASIDE MIRANDA, J.E., «El futuro Código...», *op. cit.*, p. 1808.

Finalmente, debe indicarse que hasta la fecha se han publicado doce libros que son el resultado de casi veinte años de trabajo en materias tales como la buena fe, la compensación, el daño puramente económico, error, dolo y deber de información, *trusts*, responsabilidad precontractual y daño ecológico, siendo el más reciente el relativo a los derechos personales en la responsabilidad extracontractual²⁹³.

5.4. El “Grupo de Estudios para el Código Civil Europeo” (“Grupo VON BAR”)

En la actualidad, uno de los grupos de investigación más destacados en el proceso de unificación del Derecho Privado Europeo, no sólo por lo relevante de sus trabajos y miembros, sino también por el papel de protagonista principal que ha tenido en la posterior elaboración del DCFR académico, es el “Grupo de Estudios para el Código Civil Europeo” (“Study Group on a European Civil Code”, o “Grupo VON BAR”)²⁹⁴. Su origen se encuentra en la Conferencia

²⁹³ ZIMMERMANN R., WHITTAKER, S., *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000; GORDLEY, J., *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2001; BUSSANI, M., PALMER, V.V., *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge University Press, 2003; KIENINGER, E.M., *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge University Press, 2004; WERRO, F., PALMER, V.V., *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*, Stämpfli-Carolina Academic Press, 2004; SEFTON-GREEN, R., *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2004 and 2009; GRAZIADEI, M., MATTEI, U., SMITH, L., *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge University Press, 2005; POZZO, B., *Property and Environment-Old and New Remedies to Protect Natural Resources in The European Context*, Stämpfli-Carolina Academic Press, 2007; MÖLLERS, T., HEINEMANN, A., *The Enforcement of Competition Law in Europe*, Cambridge University Press, 2008; HINTEREGGER, M., *Environmental Liability and Ecological Damage in European Law*, Cambridge University Press, 2008; CARTWRIGHT, J., HESSELINK, M., *Precontractual Liability in European Private Law*, Cambridge University Press, 2009 y BRÜGGEMEIER, G., COLOMBI CIACCHI, A., O’CALLAGHAN, P., *Personality Rights in European Tort Law*, Cambridge University Press, 2010.

²⁹⁴ Sobrel el “Study Group” o “Grupo VON BAR”, puede consultarse: INFANTE RUIZ, F.J., «Entre lo político...», *op. cit.*, p. 24 y 25; MARTÍN CASALS, M., «Els principis del Dret contractual europeu i la Codificació del Dret català», *1r. Congrés de Dret civil català: el Dret patrimonial en el futur Codi civil de Catalunya, La Notaria*, 11-12, 2001, pp. 51 a 61; MASIDE MIRANDA, J.E., «El futuro Código...», *op. cit.*, pp. 1804 y 1805; OLIVA BLÁZQUEZ, F., *Proyecto de investigación...*, *op. cit.*, pp. 95, 96 y 162 a 164; ROCA TRIAS, E., «El “Study Group a European Civil Code”

celebrada el día 28 de febrero de 1997 en Scheveningen, bajo la presidencia holandesa de la Unión Europea, con el título “Towards a European Civil Code”²⁹⁵. Como ya se ha indicado previamente, el Parlamento Europeo mediante sus Resoluciones de 26 de mayo de 1989 “sobre un esfuerzo para armonizar el derecho privado de los Estados miembros” y de 6 de mayo de 1994, “sobre la armonización de determinados sectores del derecho privado de los Estados miembros”, había impulsado la necesidad de la unificación del Derecho europeo, lo que sin duda motivó la creación de este grupo.

El “Study Group” fue fundado en el año 1999 en la Universidad de Osnabrück (Hamburgo) por el profesor Christian VON BAR²⁹⁶, presidente y líder del grupo, y se encuentra formado por un amplio grupo de relevantes académicos de todos los países de la Unión Europea²⁹⁷. Tanto por sus miembros, como por metodología y finalidad, el “Study Group” presenta una clara filiación con la “Comisión Lando”, de cuyos trabajos es continuador natural, si bien con un carácter más ambicioso en cuanto a las materias estudiadas, puesto que no se limita a la teoría general del contrato, sino que

(Proyecto Von Bar)», en AA. VV., *Derecho Privado Europeo*, (coordinado por Sergio Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2003, pp. 199 a 204; VON BAR, C., «Il gruppo di studi su un Codice Civile Europeo», en AA.VV., *Il Codice Civile Europeo. Materiali dei seminari 1999-2000. Raccolti da Guido Alpa e Emilio Nicola Buccico*, (Alpa, G., Buccico, E.N., dirs.), Giuffrè, Milano, 2001, pp. 3 a 19. Para más información sobre dicho grupo *vid.*, su página web: http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft_articles.htm.

²⁹⁵ En este sentido, se indica expresamente en el *background* de su web que «against the background of these two Parliamentary resolutions, the Dutch Ministry of Justice organised a conference in the Hague in 1997 under the banner "Towards a Civil Code". Here it emerged as apparent to many participants that jurists themselves should venture the construction of a pan-European codification of private law because only those trained in the discipline can pursue the essential task of intensive comparative research free from the constraints of representing national interests and accommodating political expediency», http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft_articles.htm.

²⁹⁶ *Vid.*, sobre las cinco razones en las que el profesor VON BAR ha justificado los motivos que le llevaron a la creación del “Study Group”, VON BAR, C., «Il gruppo di studi...», *op. cit.*, p. 6, también en ROCA TRIAS, E., «El “Study Group ...», *op. cit.*, p. 199.

²⁹⁷ Sobre su componentes, *vid.*, http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft_articles.htm, entre los que se encuentran profesores tan relevantes como ALPA, G., BEALE, H., BONELL, M.J., DROBNIG, U., GHESTIN, J., GOODE, R., HARTKAMP, A., HERRE, J., LANDO, O., ROCA TRIAS, E.

también aborda el análisis de los contratos en particular, responsabilidad extracontractual, enriquecimiento injustificado, gestión de negocios ajenos, garantías del crédito y transferencia de la propiedad de los bienes muebles²⁹⁸.

Como el propio grupo ha indicado, su propósito principal es la redacción de unos principios comunes de Derecho patrimonial privado europeo de gran calidad técnica en sus soluciones²⁹⁹. En este sentido, como aclara OLIVA BLÁZQUEZ, «la denominación escogida para designar al grupo podría llamar a engaño, ya que, al menos de momento, no se está trabajando directamente en la creación de un texto articulado que asuma la forma de Código ni, por otro lado, se pretende regular todo el Derecho civil europeo en el sentido estricto de la aceptación. Con relación a lo primero, el grupo dirige actualmente sus esfuerzos a la creación de una serie de principios comunes, esto es, más hacia un *restatement* europeo que hacia un Código, tal y como reconoce en la Joint Response a la Comunicación de la Comisión. Y por lo que respecta a lo segundo, el proyecto, y así lo reconoce expresamente su líder, VON BAR, pretende desarrollar las bases para establecer el estatuto esencial del Derecho patrimonial de la Unión Europea, obviando otras materias civiles como el derecho de familia o de sucesiones»³⁰⁰.

El “Study Group” se estructura en dos grandes grupos que trabajan a nivel vertical. En primer lugar está el Grupo de Trabajo o *Working Team*³⁰¹.

²⁹⁸ «As regards the general law of contracts, the Study Group will build on the work accomplished by the Commission on European Contract Law (the Lando Commission). The Study Group has benefited from a substantial overlap with the membership of that Commission», http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft_articles.htm.

²⁹⁹ http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft_articles.htm. Vid., INFANTE RUIZ, F.J., «Entre lo político...», *op. cit.*, pp. 24 y 25; MASIDE MIRANDA, J.E., «El futuro Código...», *op. cit.*, p. 1804; ROCA TRIAS, E., «El “Study Group...”», *op. cit.*, p. 200.

³⁰⁰ OLIVA BLÁZQUEZ, F., *Proyecto de investigación...*, *op. cit.*, p. 95

³⁰¹ «The day-to-day work of the Study Group is carried on in the Working Teams. Their work consists of scholarly comparative law research within their terms of reference, analytical discussion of the nature, extent and rationale of the legal principles existing within the various European jurisdictions researched and finally synthesis of common principles and demarcation of areas of profound diversity in the legal systems. Each Working Team determines for itself its own method for undertaking these tasks. The Teams are supported by a panel of Advisors who

Actualmente existen siete grupos de trabajo, en las siguientes materias: 1) Sobre contrato de compraventa, contratos de servicios y contratos de larga duración. Dicho Grupo se subdivide a su vez en tres subgrupos, cuyos directores son los profesores HONDIUS, E., BARENDRECHT, M. y HESSELINK, M., respectivamente. 2) Sobre servicios financieros, cuyo directores son AYNÉS, L. y PRÜM, A. 3) Sobre garantías del crédito, dirigido por DROBNIG, U. 4) Sobre obligaciones extracontractuales, en las que se tratan las cuestiones relativas a responsabilidad extracontractual, gestión de negocios ajenos y enriquecimiento injustificado, dirigido por VON BAR, C. 5) Sobre arrendamiento de bienes muebles, dirigido por LILLEHOLT, K. 6) Sobre transferencia de bienes muebles, dirigido por LURGER, B., RAINER, J. y POSCH, W. 7) Sobre el *Trust*, dirigido por SWAN, S. También debe indicarse que en materia de derecho de seguros, el “Study Group” está colaborando con el “Project Group on a Restatement of European Insurance Contract Law”, que dirige el profesor REICHERT-FACILIDES³⁰².

En segundo lugar, el Comité de Coordinación o *Co-Ordinating Group*³⁰³, donde son presentados y discutidos los trabajos realizados por los Grupos de

have been chosen because of their national expertise in the relevant field of law under review. Advisors meet with the Teams at intervals to provide subject-specific input to the tenor and detail of the evolving work and they remain available for consultation by the Teams at other times. Given the familiarity with the intrinsic problems of a given legal topic which the Advisors possess, the Advisory Councils enable the direction and outcome of the research in each Team to be guided and informed by an independent standing pool of knowledge», http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft_articles.htm.

³⁰² Sobre los diferentes Grupos de Trabajo y su organización, *vid.*, ROCA TRIAS, E., «El “Study Group...», *op. cit.*, pp. 200 y 201 y http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft_articles.htm.

³⁰³ «At the various stages of their development, Position Papers are submitted to the Coordinating Group for scrutiny by its membership of distinguished jurists from all over Europe. In the light of the reasoned deliberations of the Coordinating Group, Position Papers are revised by Working Teams to reflect the further considerations which have emerged in the wider discussion of the texts. Revised or rewritten Position Papers are resubmitted to the Coordinating Group for fresh scrutiny. This process of refinement will be carried out recursively during the course of development and completion of the Position Papers, when, receiving final internal approval, it will be published for the benefit of the wider legal community. Further information on publications of the Study Group is set out in the section entitled the Study Group's Policy on Publication of Proposals. The strength of this open-ended process of improving the draft articles is that it ensures that they are supported by a breadth of academic

Trabajo, que se denominan *position papers*. Este Comité está integrado por los líderes y consejeros de los Grupos de Trabajo, los miembros del Comité de Organización y por profesores de los Estados Miembros de la Unión Europea.

Finalmente, ambos grupos están coordinados por el Comité de Organización o *Steering Committee*³⁰⁴.

Por lo que respecta a la metodología empleada por el “Study Group”, como se ha indicado, es la misma que la “Comisión Lando”, es decir, recurre al método comparativo, con el objeto de descifrar «la identificación de los principios de Derecho existentes en los diferentes sistemas jurídicos europeos, con la finalidad de hallar una síntesis legal de principios comunes, por una parte, y la identificación de las áreas de discrepancia en estos mismos ordenamientos»³⁰⁵. Además, también ha tenido como modelos para sus soluciones la CISG y las Directivas Comunitarias.

Los trabajos elaborados por los diferentes Grupos de Trabajo tienen una estructura interna uniforme, similar a la de los PECL, esto es, el artículo (*black letter rule*), un comentario que viene acompañado de ejemplos prácticos que aclaran el significado del artículo, y por último, las notas de Derecho comparado³⁰⁶. Se ha afirmado que el “Study Group” es el continuador de los

opinion and that their suitability and intellectual justification is rigorously reviewed», http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft_articles.htm.

³⁰⁴ «The Steering Committee is responsible for overseeing the organisation of the project. It makes recommendations as to the work priorities for the Study Group -in particular the sequence of meetings and the order of treatment of topics under review- and makes arrangements for the involvement of new participants and the establishment of new Working Teams», http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft_articles.htm. El *Steering Committee* está presidido por VON BAR e integrado por los profesores ALPA, G., BEALE, H., DROBNIG, U., GHESTIN, J., GOODE, R., HARTKAMP, A., HERRE, J. y LANDO O.

³⁰⁵ ROCA TRIAS, E., «El “Study Group...», *op. cit.*, p. 202.

³⁰⁶ Por lo que respecta al aspecto formal, MARTÍN CASALS, M. afirma que los PECL y los PETL (los *Principles of European Tort Law* han sido elaborados por el “European Group on Tort Law” en el año 2005 y contiene una regulación moderna del Derecho de daños, pueden ser consultados en <http://www.egtl.org>) imitan a los *Restatements*; lo mismo puede indicarse de los PEL, por lo que también les resultaría válida la siguiente descripción que realiza dicho autor: «1) Text articulat (*black letter rule*), en el qual es recullen aquellen aspectes del mandat

trabajos realizados por la “Comisión Lando”, lo que queda patente, no sólo por su método de trabajo y porque muchos de sus componentes también forman parte del “Study Group” (recuérdese que del mismo también forma parte el profesor LANDO, entre otros), sino principalmente por el hecho de que como afirma INFANTE RUIZ, los PECL «han sido adoptados con ciertos ajustes por el “Study Group” con el fin de tomar en consideración los nuevos desarrollos y las aportaciones de sus investigadores»³⁰⁷.

Por último, debe indicarse que los trabajos del “Study Group” están viendo la luz en una colección que se denomina “Study Group on a European Civil Code series” o “Principles of European Law (PEL)”³⁰⁸, y están teniendo una gran repercusión, no sólo por sus relevantes aportaciones en el campo del Derecho patrimonial privado, sino también porque muchas de sus soluciones

normatiu que es consideren més importants. 2) Breu comentari (*commentary*), on s'acostumen a incloure indicacions que no són únicament explicatives, sinó que moltes vegades tenen una certa pretensió normativa de menor grau. 3) Casos breus o exemples (*illustrations*), que serveixen per aclarir el funcionament pràctic d'aquelles regles que opden resultar d'articulació més difícil. En el cas del *Principis* europeus, les il·lustracions són fonamentals perquè permeten sortir del marc dogmàtic nacional i, en un enfocament funcional, entendre com s'arriba a un resultat que els ordenaments jurídics nacionals acostumen a assolir per vies molt diferents. Finalment: 4) Notes (*notes*), on s'identifiquen les normes dels diversos ordenaments jurídics que serveixen de base al text articulat », «Els principis del...», *op. cit.*, pp. 54 y 55. *Vid.*, també ROCA TRIAS, E., «El “Study Group...”», *op. cit.*, pp. 202 y 203.

³⁰⁷ INFANTE RUIZ, F.J., «Entre lo político...», *op. cit.*, p. 25

³⁰⁸ Entre tales PEL se encuentran, entre otros, los siguientes: *Principles of European Law. Study Group on a Civil Code. Service Contracts (PEL SC)*, prepared by Maurits Barendrecht, Chris Jansen, Marco Loos, Andrea Pinna, Rui Cascão, Stéphanie van Gulijk, Sellier, Bruylant, Staempfli, Oxford University Press, 2006, *Principles of European Law. Study Group on a Civil Code. Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC)*, Prepared Martijn W. Hesselink, Jacobien W. Rutgers, Odavia Bueno Díaz, Manola Scotton, Muriel Veldmann, Sellier, Bruylant, Staempfli, Oxford University Press, 2006, *Principles of European Law. Study Group on a Civil Code. Benevolent Intervention in Another's Affairs (PEL Ben.Int)*, Prepared by Christian von Bar, Sellier, Bruylant, Staempfli, Oxford University Press, 2006, *Principles of European Law. Study Group on a Civil Code. Personal Security (PEL Pers.Sec.)*, Prepared by Ulrich Drobnig, Sellier, Bruylant, Staempfli, Oxford University Press, 2007, *Principles of European Law. Study Group on a Civil Code. Lease of Goods (PEL LG)*, Prepared by Kåre Lilleholt, Anders Victorin, Andreas Fötschl, Berte-elen R. Konow, Andreas Meidell, Amund Bjøranger Tørum, Sellier, Bruylant, Staempfli, Oxford University Press, 2007 y *Principles of European Law. Study Group on a Civil Code. Sales (PEL S)*, Prepared by Ewoud Hondius, Viola Heutger, Christoph Jeloschek, Hanna Sivesand, Aneta Wiewiorowska, Sellier, Bruylant, Staempfli, Oxford University Press, 2008.

se han consolidado en el posterior DCFR académico, lo que pone de manifiesto que han servido de pilares sobre los que se ha edificado dicho DFCR³⁰⁹.

5.5. El “Acquis Group” (“Research Group on the Existing EC Private Law”)

El Research Group on the Existing EC Private Law, comunmente denominado como el “Acquis Group”,³¹⁰ es un grupo de investigadores fundado en el año 2002 en la Universidad de Bielefeld³¹¹, e integrado por más de cincuenta juristas de diferentes Universidades europeas³¹² bajo la coordinación del profesor HANS SCHULTE-NÖLKE³¹³.

³⁰⁹ INFANTE RUIZ, F.J., «Entre lo político...», *op. cit.*, p. 25.

³¹⁰ Sobre los objetivos, miembros, encuentros y trabajos del “Acquis Group” puede consultarse su página web: <http://www.acquis-group.org/>.

³¹¹ En relación a los antecedentes del “Acquis Group”, indica INFANTE RUIZ, F.J., que «se encuentra en un programa de trabajo desarrollado en los años inmediatamente anteriores a la publicación del “Action Plan” dentro del marco de la red de investigación “Common Principles of European Private Law” subvencionada por la Comisión Europea y coordinada por el “Centro de Derecho Europeo Privado” de la Universidad de Münster, presentado por primera vez en la Conferencia (2001) de la “Academia de Derecho Privado Europeo” (ERA) en Trier», «Entre lo político...», *op. cit.*, nota al pie núm. 77, p. 22. *Vid.*, también SCHULZE, R., «El *Acquis Communautaire*», en AA. VV., *Principios de Derecho Contractual Europeo y Principios de Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales*, (directores M^a. Pilar Ferrer Vanrell y Anselmo Martínez Cañellas), Dykinson, Madrid, 2009, 57 y 58.

³¹² Entre los que debe destacarse la presencia de los siguientes profesores de nuestro país: ARROYO I AMAYUELAS, E. (Universidad de Barcelona), GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (Universidad de Barcelona) y VAQUER ALOY, A. (Universidad de Lleida).

³¹³ Sobre el “Acquis Group”, *vid.*, entre otros: ARROYO I AMAYUELAS, E., «La contribución al...», *op. cit.*, pp. 49 a 157 y «Hacia un derecho contractual más coherente: La sistematización del acervo contractual comunitario», en AA. VV., *Derecho Contractual Europeo*, (director Esteve Bosch Capdevila, coordinador Decanato del Colegio de Registradores de Catalunya), Editorial Bosch, Barcelona, 2009, pp. 209 a 238; BENACCHIO, G.A., PASA, B., *A Common Law for Europe*, Central European University Press, Budapest-New York, 2005, pp. 294 a 296; INFANTE RUIZ, F.J., «Entre lo político...», *op. cit.*, pp. 22 a 24; LEIBLE, S., «Vías para la unificación del Derecho privado europeo», (traducción Francisco Infante Ruiz), *Anuario de Derecho Civil*, 2006, pp. 1606 y 1607; PASA, B., «I progetti di ricerca europei sul diritto privato comune: il nuovo Acquis Group», *Contratto e Impresa/ Europa*, 2002, pp. 654 a 662 y «El Acquis Group», *Anuario de Derecho Civil*, 2005, 1309 y 1310; SCHULZE, R., «European Private Law and Existing EC Law», *European Review of Private Law*, 13/1, 2005, pp. 3 a 19 y «El *Acquis Communautaire*», en AA. VV., *Principios de Derecho Contractual Europeo y Principios de*

Como ha indicado el propio “Acquis Group”, surge como «a reaction on activities of EU institutions in the field of European contract law, the Acquis Group targets a systematic arrangement of existing Community law which will help to elucidate the common structures of the emerging Community private law. For this purpose, the Acquis Group primarily concentrates upon the existing EC private law which can be discovered within the *acquis communautaire*. The research of the Acquis Group will be published as “Principles of the Existing EC Contract Law”»³¹⁴. En este sentido, afirma ARROYO I AMAYUELAS que su finalidad «es sistematizar y consolidar el Derecho contractual comunitario para hacer de él un conjunto de normas más coherentes. El grupo pone el acento en la eliminación de distorsiones terminológicas o de contenido, la presentación sistemática de las materias reguladas, la generalización de determinadas normas a ámbitos para los que inicialmente no estaban pensados y la destilación de principios del Derecho contractual europeo. Con ello se trata de facilitar tanto la transposición de las directivas en los ordenamientos jurídicos nacionales, como la labor de redacción de la futura legislación comunitaria y, en definitiva, su posterior interpretación»³¹⁵. En definitiva, su principal objetivo es extraer del acervo comunitario unos principios que representen sus conceptos esenciales, que a su vez sirvan de herramienta para su posterior desarrollo, transposición e interpretación, y en un futuro a corto plazo, de estructura para la elaboración del DCFR³¹⁶.

Las principales características del “Acquis Group” en relación a los demás grupos académicos, son la metodología empleada y sus fuentes, que no son más que el reflejo de su finalidad. Respecto a la primera, a diferencia, por

Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales, (directores M^a. Pilar Ferrer Vanrell y Anselmo Martínez Cañellas), Dykinson, Madrid, 2009, pp. 51 a 61.

³¹⁴ <http://www.acquis-group.org/>.

³¹⁵ ARROYO I AMAYUELAS, E., «Hacia un derecho...», *op. cit.*, pp. 210 y 211.

³¹⁶ SCHULZE, R., «El *Acquis Communautaire*», *op. cit.*, pp. 60 y 61.

ejemplo de la “Comisión Lando” y el “Study Group” que emplearon el método comparativo (*comparative approach*), sigue metodológicamente el *acquis approach* -aproximación comunitaria-, que, como afirma ARROYO I AMAYUELAS, no tiene «pretensión innovadora alguna en su formulación y que, más bien, sólo se trata de compilar y reformular el derecho existente a base de generalizar algunos principios implícitos en algunas directivas y de colmar las lagunas que hoy se detectan en muchas de ellas»³¹⁷. Por lo que respecta a sus fuentes, se toma en cuenta todo el acervo comunitario, siendo las principales la abrumadora batería de Directivas y las correspondientes interpretaciones llevadas a cabo por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea³¹⁸. También se han empleado como fuentes la CISG, las normas de transposición en los Estados miembros y las legislaciones nacionales³¹⁹.

El “Acquis Group”, empleando el *acquis approach* sobre las anteriores fuentes, persigue obtener los principios trascendentes en el campo contractual, para cuya obtención o indagación señala LEIBLE las siguientes tres fases³²⁰:

- «En primer lugar, es imprescindible en este campo una formación del inventario del Derecho primario, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de los diversos actos jurídicos de la Comunidad Europea. Al respecto

³¹⁷ ARROYO I AMAYUELAS, E., «Hacia un derecho...», *op. cit.*, p. 211. *Vid.*, también INFANTE RUIZ, F.J., «Entre lo político...», *op. cit.*, p. 23.

³¹⁸ SCHULZE, R., «European Private Law...», *op. cit.*, pp. 8 a 10.

³¹⁹ En este sentido afirma ARROYO I AMAYUELAS, E., que «el papel que desempeñan otros instrumentos internacionales, independientemente de que su general aceptación permita calificarlos de Derecho común europeo (*vgr.* Convenio de Viena [= CV]), es importante, pero en todo caso menor. La razón es que no forman parte del acervo comunitario. También las normas de transposición en los Estados miembros ayudan a “reconstruir” el sistema y hacer de él un conjunto más armonizado. En general, las legislaciones nacionales han tenido un peso decisivo siempre que la regla que se propone consolidar proviene de una directiva que ha sido interpretada de forma más o menos homogénea en los ordenamientos jurídicos nacionales», «Hacia un derecho...», *op. cit.*, pp. 212 y 213.

³²⁰ LEIBLE, S., «Vías para la unificación...», *op. cit.*, p. 1606. *Vid.*, también INFANTE RUIZ, F.J., «Entre lo político...», *op. cit.*, p. 23.

impresiona la gran cantidad de Derecho material de los contratos que ya se encuentra presente en el Derecho de la Comunidad.

- En segundo lugar, se pretende identificar las estructuras trascendentales y lo que hay de común entre los actos jurídicos particulares y los «sectores» en los que el Derecho comunitario se ha desarrollado. Este paso tiene importancia, pues permite contar con un punto de arranque para una penetración sistematizadora en el Derecho comunitario, a diferencia de como se habían hecho las cosas hasta ahora limitándose a los actos singulares y los sectores particulares.

- En tercer lugar, se quiere comprobar, a partir de lo anterior en qué modo los principios trascendentales para la materia contractual están ocultos en el Derecho comunitario. Aquí puede estar el logro para un desarrollo ulterior del Derecho europeo de los contratos. Incluso, si las reglas del Derecho comunitario han surgido en el marco de políticas unilaterales de protección, de las mismas se pueden extraer principios con capacidad de generalización. En este sentido, los principios que se perfilen han de ser comunes, para que sirvan para todos, frente a las particularidades, como las del Derecho del consumo, unos principios que habrán de utilizarse como cimiento para un Derecho contractual no sólo específicamente sectorial»³²¹.

Los temas que han sido objeto de estudio por el “Acquis Group” son principalmente la formación del contrato, la conclusión del contrato, el derecho de desistimiento, el cumplimiento y los medios de tutela frente al incumplimiento. La influencia de las Directivas de consumo se refleja en la

³²¹ En similares términos, indican BENACCHIO, G.A., PASA, B., que los *Principles of Existing EC Private Law* consistirán en tres elementos esenciales: « Firstly, general outlines will be presented, which identify the Community's underlying political and economic intentions. These outlines can be compared to the recitals within Community legislation. Secondly, definitions of major legal terms used in Community legislation will be formulated. These definitions will also include evidence of exceptions and inconsistencies within Community legislation. Thirdly, in some areas, existing Community legislation on contract law has become so prolific as to allow contract law rules to be distilled and reformulated on a more general level (the so called *Principles of Existing EC Contract Law*)», *A Common Law...*, op. cit., p. 294.

especial dedicación a la incorporación y control del contenido de las condiciones generales de la contratación, la protección frente a la discriminación, el deber de información y las cláusulas no negociadas individualmente³²². Sus trabajos han visto la luz con la publicación de sus “Principles of Existing EC Private Law” o “Acquis Principles”³²³.

En el epígrafe siguiente se analizará el papel protagonista que tanto el “Acquis Group” como el “Study Group” han tenido en la redacción del DCFR académico. En este sentido, ha afirmado INFANTE RUIZ, en relación al “Acquis Group”, que «si bien la presencia de estos trabajos en el resultado final del borrador del CFR es importante, no obstante, la posición de este grupo puede calificarse, a mi juicio, como una posición eminente instrumental y metodológica, e incluso inspiradora, antes que suministradora de normas. En esta perspectiva, este grupo, a diferencia del “Study Group”, ha desarrollado la ingente labor de indagar, señalar o abstraer los principios del derecho comunitario existente en materia de contratos dotando de coherencia a la densidad normativa de éste y cubriendo sus lagunas (una labor cualitativa), pero en lo técnico cuantitativamente son menos numerosas las normas que han sido asumidas en el resultado final»³²⁴.

6. EL MARCO COMÚN DE REFERENCIA ACADÉMICO

³²² Vid., sobre el contenido de los “Acquis Group”, ARROYO I AMAYUELAS, E., «Hacia un derecho...», *op. cit.*, pp. 213 a 232.

³²³ RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract I. Pre-contractual Obligations. Conclusion of Contract. Unfair Terms*, Sellier, Munich, 2007 y *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract II. General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services*, Sellier, Munich, 2009. Vid., sobre sus reglas, definiciones, principios, estructura interna, proceso de redacción, selección de materiales, sistematización y consolidación, ARROYO I AMAYUELAS, E., «La contribución al...», *op. cit.*, pp. 104 a 137.

³²⁴ INFANTE RUIZ, F.J., «Entre lo político...», *op. cit.*, p. 24.

El papel protagonista del “Study Group” y del “Acquis Group” en el proceso de unificación o armonización del Derecho europeo de los contratos no sólo deriva de sus ya indicados trabajos de investigación, sino de que conjuntamente³²⁵, dentro de la red de excelencia “Joint Network on European Private Law” financiada por el “Sexto Programa Marco” de la Unión Europea”, y cumpliendo con el “Plan de Acción” diseñado en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 12 de febrero de 2003, han elaborado un “Borrador del Marco Común de Referencia” (“Draft Common Frame of Reference” o “DCFR”), base de un futuro Common Frame of Reference (“CFR”)³²⁶.

Cumpliendo los compromisos asumidos con la Comisión, el “Study Group” y el “Acquis Group” le presentaron el día 29 de diciembre de 2007 un

³²⁵ Vid., VON BAR, C., «Working Together Toward a Common Frame of Reference», *Juridica International*, X, 2005, pp. 17 a 26.

³²⁶ Existe una amplia bibliografía sobre el DCFR académico y su proceso de gestación, vid., entre otros: ARROYO I AMAYUELAS, E., «La contribución al...», *op. cit.*, pp. 49 a 157; BEALE, H., «The future of the Common Frame of Reference», *European Review of Contract Law*, 3, 2007, pp. 257 a 276; DE LA CUESTA RUTE, J.M., «Sobre la unificación del Derecho privado patrimonial en Europa», en AA. VV., *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo. Marco común de referencia y Derecho español*, (Eduardo Valpuesta Gastaminza coordinador), Bosch, Barcelona, 2011, pp. 23 a 59; INFANTE RUIZ, F.J., «Entre lo político...», *op. cit.*, pp. 1 a 24; LANDO, O., «The Structure and the Legal Values of the Common Frame of Reference (CFR)», *European Review of Contract Law*, 3, 2007, pp. 245 a 256; LEIBLE, S., «¿Qué hacemos con el Marco...», *op. cit.*, pp. 221 a 249; MILLER, L., «The Common Frame of Reference and the feasibility of a common contract law in Europe», *Journal of Business Law*, 4, 2007, pp. 378 a 411; ODERKERK, M., «The CFR and the Method(s) of Comparative Legal Research», *European Review of Contract Law*, 3, 2007, pp. 315 a 331; SCHAUB, M., «The Common Frame of Reference and the Future of European Contract Law-Society of European Contract Law (SECOLA)», *European Review of Private Law*, 15/5, 2007, pp. 751 a 755; SCHULZE, R., «El Acquis Communautaire», *op. cit.*, pp. 51 a 61; VALPUESTA GASTAMINZA, E., «La propuesta de Derecho privado unificado de obligaciones y contratos para Europa: el *Draft Common Frame of Reference*», en AA. VV., *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo. Marco común de referencia y Derecho español*, (Eduardo Valpuesta Gastaminza coordinador), Bosch, Barcelona, 2011, pp. 61 a 87; VAQUER ALOY, A., «El Marco Común de Referencia», en AA. VV., *Derecho Contractual Europeo*, (director Esteve Bosch Capdevila, coordinador Decanato del Colegio de Registradores de Catalunya), Editorial Bosch, Barcelona, 2009, pp. 239 a 265; VON BAR, C., «Coverage and Structure of the Academic Common Frame of Reference», *European Review of Contract Law*, 3, 2007, pp. 350 a 361. También vid. las siguientes obras colectivas: VALPUESTA GASTAMINZA, E., *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo. Marco común de referencia y Derecho español*, AA. VV., (Eduardo Valpuesta Gastaminza coordinador), Bosch, Barcelona, 2011, en la que se realiza una primera aproximación a todo el texto del DCFR y BOSCH CAPDEVILLA, E., *Nuevas Perspectivas del Derecho Contractual*, AA. VV., (Esteve Bosch Capdevila Director, Bosch, Barcelona, 2012.

borrador provisional de CFR integrado por principios, definiciones y reglas modelo de Derecho privado europeo, que fue publicado a principios del año 2008³²⁷. Posteriormente, a principios del año 2009, se publicó una segunda edición revisada³²⁸ y, finalmente, la publicación completa, acompañada de comentarios, notas de Derecho comparado y una lista de definiciones, fue publicada en septiembre de 2009³²⁹.

El texto del DCFR³³⁰ académico, al ser fruto del “Study Group” y del “Acquis Group”, combina los trabajos y las metodologías empleadas por ambos. Así, la aportación del “Study Group” consiste en la ampliación y actualización de la labor realizada por la “Comisión Lando”³³¹, con el método

³²⁷ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, edited by Christian Von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke, Interim Outline Edition, Seller, Munich, 2008.

³²⁸ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Models Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, edited by Christian Von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke, Outline Edition, Seller, Munich, 2009.

³²⁹ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, edited by Christian Von Bar and Eric Clive, Full Edition, vols. I a VI, Oxford University Press, Oxford-New York, 2010.

³³⁰ El STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), justifican el «sub-title “Draft Common Frame of Reference” (DCFR) indicates that the completion of the work also fulfils an obligation to the European Commission undertaken in 2005 by a network of reserach groups, among them the Study Group and the Acquis Group. This network was funded by the Commission’s Research Directorate-General. One purpose of the text is to serve as a draft for drawing up a “political” Common Frame of Reference (CFR) which was first called for by the European Commission’s “Action Plan on A More Coherent European contract Law” of Febreary 2003. As is explained more precisely below, the DCFR and the CFR must be clarly distinguished. The DCFR serves several other important purposes», *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, edited by Christian Von Bar and Eric Clive, Full Edition..., *op. cit.*, p. 2.

³³¹ Expresamente, en la publicación del DCFR se afirma que está «based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law», afirmación que se amplía en su Introducción del volumen I de la Full Edition, señalando que «the former Commission on European Contract Law (the “Lando Commission”) provided the basis for much of Books II and III; it was on their Principles of European Contract Law that the Study Group and the Acquis Group built», p. 1.

comparatista como bandera³³². En cambio, la influencia del “Acquis Group” se ha concretado en incorporar a los textos del “Study Group”, con algunas modificaciones, principalmente en el campo de la regulación de los consumidores, los principios, reglas y definiciones que se encuentran en el acervo comunitario³³³. En este sentido, de forma muy gráfica, INFANTE RUIZ ha afirmado que «ahora sólo el “Acquis Group” y el “Study Group” se presentan conjuntamente como los hacedores del borrador de CFR. Los acontecimientos y las diferentes fuerzas de los grupos en liza han precipitado la abrumadora realidad de que el proyecto del CFR se ha preparado principalmente sobre las conclusiones del “Study Group”, quien gobierna el timón de la nave, con un contramaestre excepcional (el “Acquis Group”) y una tripulación bastante variopinta, no siempre coordinada y en muchas ocasiones en desacuerdo con el capitán (los “stakeholders”). Así, el “Study Group” en el gobierno de la situación debe tener en consideración las propuestas del grupo “stakeholders” y del “Acquis Group”, sin olvidar que los resultados obtenidos por este último grupo respecto del *acquis communautaire* se incluirán en el CFR»³³⁴. No obstante lo anterior, debe quedar claro, como ha indicado VALPUESTA GASTAMINZA, que el «DCFR no es una simple suma o yuxtaposición de los *Acquis Principles* (teoría general del contrato) y los *Principles of European Law* (parte especial de contratos), sino una nueva exposición de la teoría general y una nueva redacción de los PEL. Si los *Acquis Principles* vienen

³³² Afirma INFANTE RUIZ, F.J., que «los Libros II y III contienen en su mayoría reglas traídas de los PECL, pero existen algunas variaciones como consecuencia de la estructura y de la diferente cobertura del DCFR y en parte también porque el ámbito de los PECL se ha expandido para abarcar materias de protección de consumidores. La desviación más significativa se encuentra en que el DCFR distingue claramente entre contrato y obligaciones, de modo que los derechos y obligaciones se incluyen en el Libro III», «Entre lo político...», *op. cit.*, p. 39.

³³³ En este sentido, indica INFANTE RUIZ, F.J., que si «los ACQP se dirigen a dotar de estructura al abigarrado e incoherente derecho privado comunitario, permitiendo identificar lagunas y contradicciones. En consecuencia, según los *drafters*, cumplen una función por sí mismos en el sentido de que son una fuente en el proceso de elaboración, transposición e interpretación del derecho contractual comunitario. En esta medida contribuyen a la tarea de asegurar que el derecho comunitario existente se refleja adecuadamente en el DCFR», «Entre lo político...», *op. cit.*, p. 339.

³³⁴ INFANTE RUIZ, F.J., «Entre lo político...», *op. cit.*, p. 22.

condicionados, como ya expusimos, por ser un tratamiento del Derecho comunitario ya existente, las reglas de teoría general del contrato del DCFR son mucho más completas y tienen una ordenación sistemática distinta»³³⁵.

El DCFR se divide en tres partes, que ya habían sido sugeridas por la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 11 de octubre de 2004³³⁶, y se corresponden con su propia denominación de *Principles, Definitions and Model Rules*³³⁷:

- *Principles*³³⁸: el DCFR se construye sobre cuatro principios esenciales que son la libertad, la seguridad, la justicia y la eficiencia. De cada uno de estos principios básicos o universales que impregnan su texto, los drafters destacan una serie de aspectos. Por ejemplo, al tratar del principio de seguridad, se refiere a la buena fe y la lealtad, el deber de cooperar, etc.

- *Definitions*³³⁹: la falta de definición de muchos términos empleados en las Directivas ha sido una de las aporías que han influido negativamente en el ideal armonizador, puesto que su ausencia ha motivado que en la transposición de las mismas por los Estados se produjeran discrepancias entre los significados empleados en las Directivas y los adoptados por las legislaciones nacionales. Como remedio ante tales males, el DCFR ofrece una amplia lista de definiciones, que no sólo pretenden evitar cualquier tipo de error en la interpretación de los conceptos utilizados en sus reglas modelo, sino que

³³⁵ VALPUESTA GASTAMINZA, E., «La propuesta de Derecho...», *op. cit.*, p. 68.

³³⁶ «La estructura prevista para el MCR (véase un ejemplo en el anexo I) es la siguiente: en primer lugar, se enunciarían los principios fundamentales comunes de Derecho contractual, incluyendo directrices para las eventuales excepciones a dichos principios. En segundo lugar, dichos principios fundamentales estarían apoyados mediante definiciones de conceptos claves. En tercer lugar, los principios y las definiciones se completarían mediante normas tipo, que constituirían el núcleo del MCR».

³³⁷ En la Introducción del volumen I de la Full Edition justifican los *drafters* el por qué del contenido del DCFR, *vid.*, *op. cit.*, pp. 4 a 10.

³³⁸ Volumen I de la Full Edition del DCFR, *vid.*, *op. cit.*, pp. 37 a 63.

³³⁹ Volumen I de la Full Edition del DCFR, *vid.*, *op. cit.*, pp. 65 a 82.

posibilitarían que los legisladores nacionales puedan acudir a dicha lista de definiciones, y que así adopten con su propia terminología la expresión más adecuada al sentido correcto de la norma y sus términos. En definitiva, esta lista de definiciones supone una herramienta de gran valor para la hermenéutica contribuyendo al desarrollo de una terminología legal uniforme europea. En el campo de la indemnización de los daños se definen expresiones tales como *compensation*, *damage*, *loss* y *non-performance*³⁴⁰.

- *Model Rules*: son el núcleo del DCFR y configuran un conjunto de normas coherentes resultado no sólo de la labor de indagación de los principios transcendentales del acervo comunitario realizada por el “Acquis Group”, sino también de las mejores soluciones existentes en los Ordenamientos nacionales y en otros textos jurídicos de carácter internacional, como la CISG, lo que es principalmente resultado de la labor realizada por el “Study Group” como heredero de la “Comisión Lando”. La estructura interna de las reglas modelo es idéntica a la de los PECL. Primero, el texto del artículo (*black letter rule*) va presidido por su título y de forma escueta recoge el mandato normativo en letra negrilla, acompañado del comentario que, a manera de interpretación auténtica, tiene por objeto exponer los razonamientos que han llevado a sus redactores a adoptar dicha norma, así como cuál es su objetivo y su funcionamiento correcto. Dicho comentario contiene supuestos prácticos (*illustrations*). Y, finalmente, una nota en la que se contienen referencias a las fuentes de inspiración de las reglas adoptadas, siendo éstas no sólo de los diversos Ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, la CISG y los PICC, sino también las Directivas de la Unión Europea³⁴¹.

³⁴⁰ En la Introducción del DCFR se indica que «the greatest part of the DCFR consists of model rules. The adjective “model” indicates that the rules are not put forward as having any normative force but are soft law rules of the kind contained in the Principles of European Contract Law and similar publications. Whether particular rules might be used as a model for legislation, for example, for the improvement of the internal coherence of the *acquis communautaire* is for others to decide», volumen I de la Full Edition del DCFR, *vid.*, *op. cit.*, p. 10.

³⁴¹ En relación a la estructura interna de las *model rules* se afirma en la Introducción del DCFR que «the comments explain the objective of the particular model rule, place it in the context of the DCFR as a whole and, where appropriate, provide information about its origins and discuss possible alternative solutions. Illustrations, often derived from court cases in the

Respecto a la estructura y contenido del DFCR debe indicarse que su publicación se ha realizado en seis volúmenes, divididos, además de en los principios básicos y en las definiciones, en 10 libros que, a su vez, se subdividen en capítulos, secciones, subsecciones y, por último, en artículos. Su contenido ha sobrepasado con mucho el de los PECL, ya que el DCFR establece reglas relativas no sólo a lo que podríamos denominar teoría general del contrato, sino que también regula determinados tipos de contratos, responsabilidad precontractual, enriquecimiento injusto, propiedad mobiliaria, trusts, etc, lo que lleva a DE LA CUESTA a afirmar que el DCFR ha tenido «la intención de agotar el derecho del tráfico patrimonial moderno»³⁴².

Finalmente, debe indicarse, respecto a lo que es objeto de estudio en este trabajo, que es en la sección 7 (*Damages and interest*) del capítulo 3 (*Remedies for non-performance*) del libro III (*Obligations and corresponding rights*) donde se regula la indemnización de los daños y perjuicios contractuales, con una evidente influencia en su tratamiento de los PECL, siendo incluso muchas de sus reglas coincidentes, si bien también existen ligeras variantes que serán tratadas en sus correspondientes lugares.

Member States, are provided as an aid to understanding the effects of the rule. The notes give the present legal position in the Member States and in Community law (where available). International instruments such as the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004 are also mentioned where appropriate. How the notes were assembled is described in the section on the academic contributors. Whenever possible, an attempt is made to state the law of all Member States up to about the middle of 2008. However, smaller research teams sometimes had to be content with a more limited range of legal systems», volumen I de la Full Edition del DCFR, *vid.*, *op. cit.*, p. 3.

³⁴² DE LA CUESTA RUTE, J.M., «Sobre la unificación...», *op. cit.*, p. 25. Sobre el contenido del DCFR, *vid.*, entre otros: INFANTE RUIZ, F.J., «Entre lo político...», *op. cit.*, p. 39; VALPUESTA GASTAMINZA, E., «La propuesta de Derecho...», *op. cit.*, p. 69 a 72 y VAQUER ALOY, A., «El Marco Común de...», *op. cit.*, pp. 249 a 253.

7. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO RELATIVO A UNA NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA

El día 11 de octubre de 2011, el Parlamento Europeo y el Consejo publicaron una Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea (*Common European Sales Law* o CESL)³⁴³ que, con el propósito de mejorar el establecimiento y funcionamiento del mercado comunitario, ofrece un *corpus* normativo uniforme de Derecho contractual europeo que pudiera ser aplicado en la regulación de las transacciones transfronterizas de compraventa de bienes, de suministro de contenidos digitales y de prestación de servicios relacionados³⁴⁴.

³⁴³ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea, Bruselas 11.10.2011, COM (2011) 635 final, 2011/0284 (COD).

³⁴⁴ A pesar de que sólo ha transcurrido poco más de un año desde su publicación, la CESL está siendo objeto de profusos estudios tanto de la doctrina europea, como de la de nuestro país. Respecto a los primeros, *vid.*, entre otros: FELTKAMP, F., VANBOSSELE, F., «The Optional Common European Sales Law: Better Buyer's Remedies for Seller's Non-performance in Sales of Goods?», *European Review of Private Law*, vol. 19, 6, pp. 873 a 905; GUIBAULT, L., HELBERGER, N., LOOS, M., MAK, C., «The Regulation of Digital Content Contracts in the Optional Instrument of Contract Law», *European Review of Private Law*, 19/6, pp. 729 a 758; HEIDEMANN, M., «European Private Law at the Crossroads: The Proposed European Sales Law», *European Review of Private Law*, 20/4, 2012, pp. 1119 a 1138; HESSELINK, M.W., «How to opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission's Proposal for a Regulation», *European Review of Private Law*, 20/1, 2012, pp. 195 a 211; HONDIUS, E., «Towards an Optional Common European Sales Law», *European Review of Private Law*, 19/6, pp. 709 a 715; JANSEN, S., «A European Optional Contract Law: Policy Choices», *European Review of Private Law*, 19/3-4, 2011, pp. 457 a 470; KEIRSE, A., «Why the Proposed Optional Common European Sales Law Has Not, But Should Have, Abandoned the Principle of All or Nothing: A Guide to How to Sanction the Duty to Mitigate the Loss», *European Review of Private Law*, vol. 19/6, 2011, pp. 951 a 976; KRUISINGA, S., «The Seller's Right to Cure in the CISG and The Common European Sales Law», *European Review of Private Law*, 19/6, 2011, pp. 907 a 919; KUIPERS, J.J., «The Legal Basis for a European Optional Instrument», *European Review of Private Law*, 19/5, 2011, 545 a 564; LANDO, O., «Comments and Questions Relating to the European Commission's Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law», *European Review of Private Law*, 19/6, 2011, pp. 717 a 728; REDING, V., «Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo opcional», *Indret Abril/2011*, (traducción del original en alemán a cargo de: Ariadna Aguilera Rull y Albert Azagra Malo) (www.indret.com), pp. 1 a 8; SCHMIDT-KESSEL, M., «Der Vorschlag der Kommission für ein Optionales Instrument-Einleitung», *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht? (Eine Analyse des Vorschlags der Kommission)*, Seller, Munich, 2012; SIRENA, P., «The Rules about Restitution in the Proposal on a Common European Sales Law», *European Review of Private Law*, 19/6, pp. 977 a 100. También pueden

En un primer momento, la publicación de la CESL podría parecer un paso atrás, fundamentalmente cuando desde hace varios años se viene trabajando en un proceso ambicioso de unificación del Derecho privado en Europa. En este sentido ha afirmado SÁNCHEZ LORENZO que la Propuesta de Reglamento «es el modesto rédito de decenios de incesante actividad para progresar en la unificación del Derecho privado europeo. Este instrumento facultativo (art. 3) limitado a algunos tipos contractuales de carácter estrictamente transfronterizo, parece ser la única opción factible, que deja en muy poco las esperanzas del Parlamento Europeo, y de líderes como Ch. Von Bar, que en su día se aventuraron a fijar en el año 2010 el horizonte de un Código Civil europeo. Un corto viaje, desde luego, para tantas alforjas, aunque el futuro dirá si una normativa común de compraventa europea (CESL) es sólo un hito que anuncia logros más ambiciosos»³⁴⁵. Si bien no le falta razón a SÁNCHEZ LORENZO, considero que la CESL es un texto de gran importancia, tanto desde una perspectiva económica como jurídica, que constituye un relevante hito dentro del proceso de unificación del Derecho europeo de los contratos, al representar el abandono de la fragmentación generada por las Directivas en el campo contractual. La CESL en modo alguno resta importancia a la labor realizada por el “Study Group” y “Acquis Group” con la redacción del

consultarse numerosos artículos doctrinales sobre la CESL en la página web: <http://conflictoflaws.net/2012/ssrn-new-papers-on-the-proposed-common-european-sales-law/>. En la doctrina española, *vid.*, entre otros: FERNÁNDEZ MASIÁ, E., «Optando por la normativa común de compraventa europea», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, número 23, junio, 2012, pp. 1 a 21 (www.reei.org); GÓMEZ POMAR, F., GILI SALDAÑA, M., «El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación y efectos», *InDret Enero/2012*, ([w.w.w.indret.com](http://www.w.w.indret.com)), pp. 1 a 27; SÁNCHEZ LORENZO, S., «La Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea y el Derecho Internacional Privado», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t.XI, 2011, pp. 35 a 61. También debe indicarse que se están celebrando encuentros donde son objeto de debate las reglas de la CESL: entre otros, Roundtable on the Proposal for a Common European Sales Law, organizado el día 9 de diciembre de 2011 en la Universidad de Maastricht, por el Maastricht European Law Institute y el Symposium on the Proposed Common European Sales Law, organizado el día 20 de enero de 2012 en la Universidad de Würzburg, por el German Notary Institute, la Universidad de Würzburg y el Notary Institute de la Universidad de Würzburg. Por último, debe señalarse la reciente Jornada Internacional dirigida por el profesor Oliva Blázquez sobre la propuesta de una normativa común de compraventa europea, organizada el día 14 de diciembre de 2012 por el Área de Derecho Civil de la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla y el Grupo de investigación “Directivas de Consumo y Derecho Europeo de la Contratación”.

³⁴⁵ SÁNCHEZ LORENZO, S., «La Propuesta de Reglamento...», *op. cit.*, p. 36.

DCFR, sino todo lo contrario, el trabajo de elaboración de un Derecho material está hecho, y la CESL es fruto de una de las utilidades, como caja de herramientas, preconizadas del DCFR como base de uno o varios instrumentos facultativos. Además, la CESL tiene unos objetivos más ambiciosos que el conjunto de principios, definiciones y reglas modelos que propone el DCFR, que avanza hacia una legislación europea de la contratación³⁴⁶.

La CESL se divide en tres partes:

- El Reglamento se compone de 16 artículos, en los que una vez que describe su finalidad, objetivo y carácter facultativo, se centra principalmente a establecer su ámbito de aplicación territorial, material y personal, así como al acuerdo en que las partes se pueden someter a la regulación de la CESL. Como afirma FERNÁNDEZ MASIÁ, «el articulado de esta parte del Reglamento no está basado, al contrario que la NCEE -Anexo I-, en ningún estudio académico previo, sino que es un trabajo nuevo e innovador, en muchos aspectos, realizado por la Comisión Europea»³⁴⁷.

- El Anexo I, titulado “Normativa Común de Compraventa Europea” que establece un cuerpo normativo de un régimen jurídico común para la compraventa y los servicios auxiliares a la compraventa, integrado por 186 artículos, que contemplan los derechos y las obligaciones de las partes durante todo el ciclo vital del contrato (Disposiciones preliminares -Parte I-, Carácter vinculante de un contrato -Parte II-, Evaluación del contenido del contrato -Parte III-, Obligaciones y remedios de las partes en un contrato de compraventa -Parte IV-, Obligaciones y remedios de las partes en los contratos de servicios -Parte V-, Indemnización de daños y perjuicios e intereses -Parte VI-, Restitución -Parte VII- y Prescripción -Parte VIII-.

³⁴⁶ Como indica FERNÁNDEZ MASIÁ, E., «a principios del 2010, varios documentos emanados de las instituciones europeas permitían vislumbrar que la Comisión Europea tenía en este ámbito un objetivo mucho más ambicioso que el presentar un conjunto no vinculante de principios fundamentales, definiciones y normas modelo que pudieran ser utilizadas por los distintos legisladores», «Optando por la normativa...», *op. cit.*, p. 3.

³⁴⁷ FERNÁNDEZ MASIÁ, E., «Optando por la normativa...», *op. cit.*, p. 4.

- El Anexo II contiene una ficha informativa estándar relativa a la CESL que los empresarios tienen que facilitar a los consumidores con carácter previo a la celebración del contrato.

Debe destacarse, por lo novedoso, su artículo 3 relativo a su carácter facultativo, que dispone que *«las partes podrán acordar que la normativa común de compraventa europea regule sus contratos transfronterizos de compraventa de bienes, de suministro de contenidos digitales y de prestación de servicios relacionados que entren dentro de su ámbito personal, material y territorial, tal y como se establece en los artículos 4 a 7»*. En virtud de este artículo, el Reglamento se caracteriza como un segundo régimen de Derecho contractual dentro de los Ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, aplicable exclusivamente por acuerdo expreso de las partes contratantes, y ello siempre que se cumplan los requisitos sobre su ámbito de aplicación personal, material y territorial³⁴⁸.

8. LA REPERCUSIÓN DEL PROCESO DE MODERNIZACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

8.1. Introducción

Hasta aquí se han analizado, partiendo de los inicios originados a nivel internacional por la ULIS, ULF y la CISG, los movimientos e impulsos políticos y académicos del proceso de uniformización y armonización del Derecho contractual europeo. Proceso éste que, como afirmábamos al comienzo del Capítulo, ha provocado que nos encontremos en un momento histórico de modernización de dicho Derecho.

³⁴⁸ *Vid.*, sobre las cuestiones relativas a sus ámbitos de aplicación el interesante trabajo de SÁNCHEZ LORENZO, S., «La Propuesta de Reglamento...», *op. cit.*, p. 35 a 61. También FERNÁNDEZ MASIÁ, E., «Optando por la normativa...», *op. cit.*, pp. 8 a 11 y GÓMEZ POMAR, F., GILI SALDAÑA, M., «El futuro instrumento...», *op. cit.*, pp. 8 a 11.

La repercusión o influencia de todo este proceso en nuestro Derecho de contratos es *leit motiv* de este trabajo³⁴⁹, concretamente en la indemnización de daños y perjuicios. En los epígrafes siguientes se va a tratar la influencia de dicho proceso en nuestro Derecho, tanto a nivel jurisprudencial, como prelegislativo y, finalmente, en los trabajos e investigaciones de nuestra doctrina.

8.2. En la doctrina jurisprudencial

El Tribunal Supremo ha tenido un papel protagonista en la introducción y difusión en nuestro Derecho no sólo de las reglas de la CISG³⁵⁰, recuérdese que desde su ratificación por España es derecho vigente en nuestro país, sino también de los PECL y del DCFR³⁵¹ y, en menor medida, de los PICC. El Tribunal Supremo, haciendo uso del criterio previsto en el párrafo primero del artículo 3 del Código civil³⁵² de interpretación de las normas jurídicas de acuerdo con el contexto social en el que han de ser aplicadas, ha impregnado los fundamentos de derecho de muchas de sus sentencias de los criterios consagrados tanto en los PECL como en el DCFR, lo que permite una

³⁴⁹ *Vid.*, GÓMEZ GALLIGO, J., «La repercusión en derecho español de las propuestas de armonización del Derecho Contractual Europeo», en AA. VV., *Derecho Contractual Europeo*, (director Esteve Bosch Capdevila, coordinador Decanato del Colegio de Registradores de Catalunya), Editorial Bosch, Barcelona, 2009, pp. 525 a 547.

³⁵⁰ En relación a la jurisprudencia española sobre la CISG, *vid.*, PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., «La aplicación jurisprudencial en España de la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional, los Principios de Unidroit y los Principios del Derecho Contractual Europeo: de la mera referencia a la integración de lagunas», *Diario La Ley*, 31 de mayo de 2007, pp. 7 y 8.

³⁵¹ Como ha afirmado PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., «especialmente cobra relieve el hecho de que haya sido nuestro Tribunal Supremo el encargado, sobre todo, de difundir los PDCE, llegando, según ya se dijo, incluso a establecer indirectamente o a insinuar en alguna ocasión que los PDCE sirven para integrar las lagunas del CC», «La aplicación jurisprudencial...», *op. cit.*, p. 9.

³⁵² Artículo 3.1 CC: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativo y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

interpretación del Derecho de los contratos de nuestro Código civil, en concreto, por lo que es objeto de nuestro estudio, de las reglas relativas a la indemnización de los daños contractuales, adaptado a los tiempos actuales.

A esta última afirmación, debe añadirse por nuestra parte, que lo que el Tribunal Supremo hace con las citas de los PECL y del DCFR, es dar acogida a lo preceptuado en el párrafo primero del artículo 3 de nuestro Código civil, es decir, interpretar las normas.

Como ya indicó PERALES VISCASILLA en un trabajo del año 2007 «más de una veintena de sentencias en España atestiguan la aplicación de los Principios de UNIDROIT, los Principios del Derecho contractual europeo y la Convención de Viena (cuando ésta no es aplicable al contrato en cuestión), situándose nuestro país como uno de los más vanguardistas y avanzados en la práctica judicial de esos instrumentos. La aplicación judicial demuestra que esos instrumentos se han utilizado no sólo como apoyo, referencia o cita legal, sino como método de integración de las lagunas del Código Civil»³⁵³. En la misma línea, afirma GONZÁLEZ PACANOWSKA, con circunscripción exclusiva a los PECL, que «sin duda, los Tribunales españoles parecen ser los más prolíficos; son ya más de veinte sentencias del Tribunal Supremo y numerosos los pronunciamientos de Audiencias Provinciales en las que los PECL aparecen en los Fundamentos. En algunos casos se trata de algo que se ha descrito como uso retórico, a modo de un tercer elemento de comparación entre distintos sistemas; o se utilizan para justificar una doctrina sobre la que existe sin duda jurisprudencia previa, cuyos pronunciamientos, sin embargo, no se traen a colación en el caso concreto. En otras ocasiones, parece más claro que se trata de otorgar solidez al razonamiento sobre asuntos no contemplados directamente por la ley y carentes de una línea jurisprudencial clara, a modo de argumento. En muchos otros casos no puede decirse que supongan novedad

³⁵³ PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., «La aplicación jurisprudencial...», *op. cit.*, p. 1. *Vid.*, también FERNÁNDEZ GREGORACI, B., «El moderno derecho de obligaciones y contratos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2-2009, pp. 479 a 496.

respecto de la doctrina ya consolidada, sino que su cita, junto a preceptos legales como los contenidos en la CISG, aparece *ad abundantia* en apoyo de una tendencia jurisprudencial cuya evolución se describe en las propias sentencias»³⁵⁴.

Aquí nos vamos a centrar en la repercusión que los PECL están teniendo en nuestra jurisprudencia. Antes de citar algunas de las primeras sentencias, debe destacarse la importancia que ha tenido en la introducción de los PECL en los Fundamentos de nuestras sentencias, la Magistrada del Tribunal Supremo y Catedrática de Derecho civil, Encarna ROCA TRÍAS, que ha sido ponente en ellas, y a la que también se deben muchas de las posteriores. Por tal motivo hemos decidido indicar en todas las sentencias citadas en este trabajo el ponente de las mismas, y ello a pesar de que somos conocedores de que en nuestro Derecho, a diferencia de los sistemas de *Common Law*, los pronunciamientos de los jueces no gozan, por lo que hace a su autoría, de la misma relevancia que en aquéllos. Y todo ello sin olvidar la destacada labor que siempre han realizado los catedráticos de Derecho civil en el Alto Tribunal, habiendo sido unos de los últimos el prematuramente fallecido profesor Vicente MONTÉS PENADÉS.

La primera sentencia del Tribunal Supremo que cita los PECL es la de 10 de octubre de 2005³⁵⁵, en relación a los presupuestos para la resolución de

³⁵⁴ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Los principios Lando», *op. cit.*, p. 173 a 175.

³⁵⁵ STS de 10 de octubre de 2005, ponente D^a. Encarna Roca Trías (RJ 2005, 8576). En la misma línea la STS de 5 de abril de 2006, ponente D^a Encarna Roca Trías (RJ 2006, 1921) en la que se señala que «esta Sala había sostenido que para que existiera este incumplimiento debía concurrir “una voluntad deliberadamente rebelde” del deudor (sentencias de 28 de febrero de 1980, 11 de octubre de 1982, 7 de febrero de 1983, 23 de septiembre de 1986 y 18 de noviembre de 1994, entre muchas otras). Sin embargo, algunas sentencias ya habían abierto la vía a una matización del principio, bien presumiendo que esta voluntad se demostraba “por el hecho mismo de la ineffectividad del precio contraviniendo la obligación asumida” (sentencia de 19 de junio de 1985), bien por una frustración del fin del contrato “sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando que se malogren, como se dice, las legítimas aspiraciones de la contraparte” (sentencia de 18 octubre 1993), bien, finalmente, exigiendo que la conducta del incumplidor sea grave (sentencia de 13 de mayo de 2004). Esta tendencia se ajusta a los modernos planteamientos sobre incumplimiento contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980, ratificada por España en

un contrato de transporte. En la fundamentación del fallo afirma el Tribunal Supremo que «así nuestra jurisprudencia ha venido interpretando el mencionado artículo 1124 Código civil en el sentido que para que pueda ser resuelto el contrato por la vía del artículo 1124 Código civil se requiere: a) que el contrato contenga prestaciones recíprocas; b) que sean exigibles; c) el cumplimiento por quien ejerce la acción de las obligaciones que le incumbían y d) un incumplimiento intencional por la parte incumplidora (Sentencia de 16 de mayo de 1996, además de otras como las de 21 de marzo de 1986, 25 de noviembre de 1992, 17 de febrero y 10 de julio de 2003), de manera que “dé a la parte lesionada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra parte” (artículo. 8:103, c) Principios del Derecho europeo de contratos). En definitiva, podemos interpretar el artículo 1124 Código Civil en el sentido que se produjo un incumplimiento esencial que privó a la parte perjudicada, es decir, Danzas, SA de la prestación que tenía derecho a esperar según el contrato, además de ser el mencionado incumplimiento intencional, dando a la parte interesada razones para creer que no podía confiar en el cumplimiento definitivo. Se ha probado la concurrencia de los requisitos exigidos por esta Sala para la resolución de los contratos, sin que sean de aplicación las disposiciones alegadas por el recurrente, que se refieren a la interpretación de los contratos y que no han sido vulnerados por la sentencia

1991, cuyo artículo 25 considera esencial el incumplimiento de un contrato “cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud de contrato”, norma que debe servirnos para integrar el artículo 1124 del Código civil en el momento actual; en un sentido parecido se pronuncia el artículo 8:103, c) de los Principios de Derecho europeo de contratos», También la STS de 31 de octubre de 2006, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2006, 8405): «En un sentido parecido se pronuncia el artículo 8:103 de los Principios de Derecho europeo de contratos, según el cual «el incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato. (b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado. (c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte». El criterio recogido en una disposición internacional de carácter convencional que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y reflejado también en un documento en que se formulan jurídicamente los principios que integran la llamada *lex mercatoria* [Ley comercial] comunes a los distintos ordenamientos, en cuanto reflejan y pretende ordenar, con el propósito de elaborar normas uniformes, la práctica seguida en relaciones comerciales que superan el ámbito estatal, debe servirnos para integrar el artículo 1124 CC siguiendo el mandato de interpretarlo con arreglo a la realidad social del momento en que se aplica».

apelada por las razones antes expuestas»³⁵⁶.

En algunas ocasiones, las sentencias citan a los PECL al objeto de ratificar o confirmar reglas generales ya existentes en nuestras normas. Así la sentencia de 4 de julio de 2006³⁵⁷ que, en relación al principio de buena fe, señala que «además y a mayor abundamiento, y para mayor claridad de la cuestión planteada, debe advertirse también que no existe la razón de semejanza alegada por la recurrente entre el artículo 1258 CC y el §242 BGB. Efectivamente, el artículo 1258 CC contiene una norma de integración del contrato, dirigida tanto al deudor como al acreedor, para determinar el alcance de las prestaciones contractuales, mientras que el §242 BGB contiene una norma dirigida al deudor, que le obliga a «guardar fidelidad a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella». El texto del §242 BGB establece que «el deudor está obligado a cumplir la prestación de acuerdo con las exigencias de la buena fe y tomando en consideración los usos del tráfico» (Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern). Esta norma aparece actualmente recogida en el artículo 1:201 de los Principios de Derecho europeo de contratos y en el artículo 17 de los Principios Unidroit relativos a los contratos de comercio internacional, así como en el artículo 4.1 de la Directiva 86/653/CE. El §242 BGB impone por tanto una obligación al deudor que podría

³⁵⁶ De esta sentencia ha afirmado PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., que «es claro que el TS no señala directamente que el art. 1124 CC se interprete a la luz del art. 8:103 c) PDCE pero sí se deduce que el TS está interpretando e integrando el CC con los PDCE al utilizar en su consideración el lenguaje de ese precepto de los PDCE. Además, y aunque sólo menciona a la letra c) del art. 8:103 PDCE, lo cierto es que utiliza también el lenguaje del apartado b) que proviene, dicho sea de paso, del art. 25 CNUCCIM. En concreto, el art. 8:103 PDCE en sus letras b) y c) indica que el incumplimiento es esencial cuando: “b) cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado y c) cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte», «La aplicación jurisprudencial...», *op. cit.*, pp. 13 y 14.

³⁵⁷ STS de 4 de julio de 2006, ponente D^a. Encarnación Roca Trías (RJ 2006, 6080).

ser semejante a lo establecido en el artículo 7.1 CC y el artículo 57 Código de comercio, pero no al artículo 1258 del Código civil»³⁵⁸.

Por lo que respecta al lucro cesante en la indemnización de los daños y perjuicios contractuales, debe citarse la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009³⁵⁹, que sostiene que «la denuncia de la infracción del Art. 1106 CC carece de fundamento a la vista de la sentencia recurrida. Según el Art. 1106 CC, este lucro cesante debe acordarse cuando se haya dejado de obtener una ganancia por parte del acreedor y, aunque es cierto que la jurisprudencia española ha sido restrictiva al señalar que no debe concederse indemnización en los casos de ganancias dudosas, sí se ha reconocido que aplicando criterios de probabilidad, debe indemnizarse aquella "pérdida futura que razonablemente se prevea que puede ocurrir" (artículo 9:501 (2) PECL),

³⁵⁸ En la misma línea, también en relación al principio de buena fe, la STS de 11 de julio de 2006, ponente D^a. Encarnación Roca Trias (RJ 2006, 4977), donde: «los recurrentes consideran infringido también el artículo 5 LDC. El mencionado artículo contiene una disposición general, de acuerdo con la cual, "se reputa desleal todo comportamiento que resulte obviamente contrario a las exigencias de la buena fe". Esta Sala ha venido considerando que esta disposición contiene una norma que "viene a subrayar el contenido ético-social de las conductas y valores generales de honradez, propia responsabilidad y avenimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena" sentencia de 20 marzo 1996, confirmada por las de 15 abril 1998 y 16 junio 2000, entre otras). El artículo 5 LCD es una norma, por tanto, que sanciona la contravención de los deberes generales de conducta de quien concurre en el mercado, del mismo modo que realizan los artículos 6 y 7 Código Civil, el artículo 57 Código de comercio y el artículo 1201 de los Principios del Derecho europeo de contratos y así se ha considerado que este artículo significa un límite a la libertad de empresa establecido en el artículo 38 CE, de manera que "los operadores económicos que actúan en el mercado deben abstenerse de poner en peligro la libertad de empresa". Esta disposición debe ser entendida como una cláusula general que cubre aquellas conductas que suponen competencia desleal y que no están tipificadas en alguna de las disposiciones que le siguen». Y también la STS de 27 de septiembre de 2006, ponente D^a Encarna Roca Trias (RJ 2006, 8631), en la que se afirma que: «ciertamente el criterio de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales es un principio que integra los contratos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1258 del Código Civil, que ha sido excluido de la casación por su carácter genérico (sentencia de 24 octubre 2005). Este criterio, sin embargo, no impone a la parte acreedora la obligación de pagar todo lo que ha fabricado la deudora en previsión de futuros pedidos que aun no se han realizado; en este sentido las reglas generales permiten al acreedor rechazar un ofrecimiento de ejecución realizado antes del vencimiento del plazo pactado, como claramente se deduce del artículo 7.103 (1) de los Principios del Derecho europeo de contratos».

³⁵⁹ STS de 16 de diciembre de 2009, ponente D^a. Encarnación Roca Trías (RJ 2010, 8059).

criterio aplicado en la reciente doctrina de esta Sala con relación a las reclamaciones por lucro cesante»³⁶⁰.

A las reseñadas sentencias, le han sucedido otras muchas, tales como: las de 5 de enero de 2007³⁶¹, relativa al límite de la compensación judicial en los casos en los que se perjudique el interés de las partes; de 23 de julio de 2007³⁶², relativa a la concesión de un plazo adicional para el cumplimiento y la posterior resolución cuando dicho plazo hubiera vencido; de 3 de diciembre de 2008³⁶³, sobre el incumplimiento esencial como presupuesto de la resolución

³⁶⁰ También ,en relación al lucro cesante, debe citarse la SAP de Madrid (Sección 9ª) de 6 de abril de 2011, ponente D. Juan Ángel Moreno García (JUR 2011, 186877): «como se recoge en la sentencia apelada y en el escrito de apelación, es doctrina legal reiterada recogida entre otras muchas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 "el lucro cesante debe acordarse cuando se haya dejado de obtener una ganancia por parte del acreedor y aunque es cierto que la jurisprudencia española ha sido restrictiva al señalar que no debe concederse indemnización en los casos de ganancias dudosas, sí se ha reconocido que aplicando criterios de probabilidad, debe indemnizarse aquella "pérdida futura que razonablemente se prevea que puede ocurrir" PECL), criterio aplicado en la reciente doctrina de esta Sala con relación a las reclamaciones por lucro cesante». También la SAP de A Coruña (Sección 3ª) de 27 de mayo 2011, ponente D. Rafael Jesús Fernández-Porto García (JUR 2011, 224344): «la doctrina jurisprudencial actual [sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2010 (Roj: STS 7346/2010, recurso 621/2007), 18 de junio de 2010 (Roj: STS 3270/2010), 30 de abril de 2010 (Roj: STS 1901/2010, recurso 118/2004), 16 de diciembre de 2009 (Roj: STS 8154/2009, recurso 1309/2005), 5 de mayo de 2009 (Roj: STS 2386/2009, recurso 786/2004)] sigue recordando que, conforme al artículo 1106 del Código Civil , el concepto de lucro cesante se refiere a las ganancias frustradas o dejadas de percibir. Un incremento patrimonial que el acreedor esperaba obtener (lucro cesante positivo, en el que el perjuicio equivale a lo que se iba a ganar si no hubiese acontecido el evento dañoso), o bien unos gastos en los que no se iba a incurrir (lucro cesante negativo, equivale a los gastos originados por el propio contrato, como pueden ser costes, transportes, seguros, etcétera); y que se ha visto frustrado por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la otra parte. Se trata de la necesidad de reponer al perjudicado en la situación en que se hallaría si el suceso dañoso no se hubiera producido. Pero dichas ganancias o beneficios no obtenidos deben presentarse como ciertas, con una relativa consistencia. Manteniéndose para la estimación de la existencia del lucro cesante un criterio más restrictivo, o de especial rigor, respecto de cuando se trata de daño material o daño emergente; de modo que sólo cabe reconocer los beneficios ciertos, concretos y acreditados, quedando excluidas las ganancias hipotéticas o imaginarias, meramente posibles, dudosas o contingentes. Aunque se haya reconocido, aplicando criterios de probabilidad, que debe indemnizarse aquella "pérdida futura que razonablemente se prevea que puede ocurrir" [artículo 9:501 de los PECL (Principios del Derecho Europeo de Contratos)]».

³⁶¹ STS de 5 de enero de 2007, ponente Dª. Encarnación Roca Trías (RJ 2007, 321).

³⁶² STS de 23 de julio de 2007, ponente Dª. Encarnación Roca Trías (RJ 2007, 4702).

del contrato; de 17 de diciembre de 2008³⁶⁴, sobre el incumplimiento generador de resolución del contrato; de 7 de enero de 2009³⁶⁵, relativa a la interpretación de las cláusulas oscuras; de 25 de mayo de 2009³⁶⁶, a favor de la interpretación más favorable a la eficacia de los contratos, que no sólo cita al artículo 5:106 de los PECL, sino también al II.8:106 del DCFR.

Finalmente, debe concluirse este epígrafe subrayando, siguiendo a FERNÁNDEZ GREGORACI, que «en las líneas anteriores hemos ofrecido una pequeña muestra de la importante aportación del Tribunal Supremo en la modernización del derecho de obligaciones y contratos español. En nuestra opinión, lo más significativo es que uno de los instrumentos utilizados al efecto son los textos de Derecho privado europeo... La importancia de este hecho es, a nuestro juicio clara. Por un lado, y en relación con los PECL, porque mediante su cita en las sentencias, el Tribunal Supremo introduce en la práctica jurídica textos que, de otro modo, podrían quedarse en el ámbito puramente académico; y, por otro lado, porque constituyen una prueba inequívoca de que el Alto Tribunal interpreta y aplica unas normas del siglo XIX conforme a la realidad social del siglo XXI»³⁶⁷.

8.3. En la Comisión General de Codificación

También debe destacarse la influencia que han tenido los PECL en los trabajos de modernización del Derecho de obligaciones y contratos realizados

³⁶³ STS de 3 de diciembre de 2008, ponente D^a. Encarnación Roca Trías (RJ 2009, 525).

³⁶⁴ STS de 17 de diciembre de 2008, ponente D^a. Encarnación Roca Trías (RJ 2008, 675).

³⁶⁵ STS de 7 de enero de 2009, ponente D^a. Encarnación Roca Trías (RJ 2010, 154).

³⁶⁶ STS de 25 de mayo de 2009, ponente D^a. Encarnación Roca Trías (RJ 2009, 2417).

³⁶⁷ FERNÁNDEZ GREGORACI, B., «El moderno derecho...», *op. cit.*, p. 188.

por la Comisión General de Codificación³⁶⁸. Centrándonos en la Sección de Derecho Civil -también la de Derecho Mercantil ha tomado como fuentes inspiradoras a los PECL³⁶⁹- deben destacarse los siguientes textos:

- La Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa de 2005³⁷⁰, propone una profunda revisión del régimen de la compraventa para adaptarla a las líneas maestras del Derecho uniforme y comunitario, concretamente de la CISG, de los PECL y de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. En su Exposición de Motivos se afirma que «la Directiva que se acaba de incorporar se caracteriza por regular la responsabilidad del vendedor en lo que a las cualidades de la cosa se refiere de modo diferente al tradicional, utilizado por el Código civil español y otros Códigos europeos, tanto latinos como germánicos. Emplea el sistema de responsabilidad contractual de la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980, ratificada por España, que es el que también proponen, con vistas a la unificación, los Principios del Derecho Contractual Europeo. Es además al que en buena medida se viene orientando desde hace tiempo la evolución del propio Ordenamiento español. Conforme al

³⁶⁸ Sobre el origen, la evolución, las funciones, la organización interna y el régimen de funcionamiento de la Comisión General de Codificación y sus propuestas relativas a la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, *vid.*, por todos, JEREZ DELGADO, C., PÉREZ GARCÍA, M.J., «La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del derecho de obligaciones», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 9, 2009-I, pp. 155 a 179.

³⁶⁹ COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN MERCANTIL), la Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad de 2006, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año LX, de 1 de febrero de 2006, núm. 2006, pp. 605 a 618, Madrid y la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución de 2006, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año LX, de 1 de febrero de 2006, núm. 2006, pp. 618 a 629, Madrid, consultar en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198381857/Publicacion/1215327839717/Detalle.html>.

³⁷⁰ COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN CIVIL), *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año LIX, de 1 de Mayo de 2005, núm. 1988, Madrid, pp. 2076 a 2092, consultar en: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198381857/Publicacion/1215327849407/Detalle.html>.

nuevo sistema, la falta de ejecución de cualquier obligación resultante del contrato constituye incumplimiento, con independencia de que la inexecución sea o no imputable al deudor. Y el incumplimiento da lugar a la aplicación de un sistema articulado de remedios, que puede poner en juego el acreedor; sistema integrado por la pretensión de cumplimiento, la reducción del precio, la resolución, la indemnización de daños. Básicamente el nuevo sistema se caracteriza por utilizar un concepto unitario de incumplimiento del contrato y articular, adecuadamente, los remedios tradicionales con que cuenta en ese caso el acreedor».

- Y la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos de 2009³⁷¹, con la que se pretende reformar los artículos 1088 a 1314 CC, con la doble finalidad de adaptar dicha materia a las necesidades actuales del tráfico jurídico, por una parte, y lograr un mayor acercamiento entre el Derecho español y los demás sistemas jurídicos europeos, por otra. De forma especular a la anterior Propuesta en materia de compraventa, ésta tiene como modelos o guías a la CISG y a los PECL, incorporando también algunas cuestiones de los PICC. La Comisión de Codificación ha tenido muy presente la evolución que en materia de obligaciones y contratos suscitó la CISG, y que en buena medida ha sido continuada y desarrollada por los PICC, los PECL y el DCFR, al regular, adaptando a los tiempos actuales el incumplimiento y, en concreto, la indemnización de los daños y perjuicios en los artículos 1205 a 1212.

³⁷¹ COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN CIVIL), *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de obligaciones y Contratos*, Boletín de información, Ministerio de Justicia, Año LXIII, de enero de 2009, Madrid, pp. 1 a 70, consultar en: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198381857/Publicacion/1215327849407/Detalle.html>.

8.4. En la doctrina científica

Finalizamos este Capítulo, en el que el músculo principal ha sido el recorrido por los impulsos de las Instituciones Comunitarias y los grupos de académicos, describiendo la repercusión que el proceso de modernización del Derecho de los contratos a nivel europeo ha tenido y está teniendo en nuestra doctrina.

Siendo cierto que nuestra doctrina civil ha tardado un tiempo en incorporarse al estudio de los movimientos en *pro* de la modernización del Derecho patrimonial en estado dinámico, recuérdese que en el año 2002 en el preliminar de la edición española a las partes I y II de los PECL, MARTÍNEZ SANZ, con ciertas dosis de melancolía, indicaba «esperemos tan sólo que esta publicación sirva para animar el debate en España acerca de una temática que en otros países de nuestro entorno ha suscitado una abundante literatura. Creo que la importancia del tema bien lo merece»³⁷²; hoy día no puede negarse que el estudio tanto de los PECL como del DCFR e incluso de la CESL abunda en la doctrina.

Son abundantísimos, ya en artículos, monografías o libros colectivos, los estudios que abordan los anteriores textos, bien como tema principal o con referencias comparadas al hilo de las cuestiones contractuales analizadas. Debe destacarse la monografía del profesor MORALES MORENO, titulada *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Aranzadi, Navarra, 2006, donde recopila una serie de artículos que había publicado con anterioridad y que resulta una obra de obligada lectura en la materia. Igualmente, el libro de DíEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, donde se realiza un completo estudio de las partes I y II de los PECL. También resulta imprescindible el estudio de la monumental obra de CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Navarra, 2010, en el que se aporta una visión moderna del Derecho de los contratos, acompañado de un amplio aparato jurisprudencial.

³⁷² MARTÍNEZ SANZ, F., «Preliminar a la versión española», *op. cit.*, p.8.

Respecto de las obras colectivas, la primera en publicarse fue la titulada *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003, coordinada por CÁMARA LAPUENTE; extenso libro que con carácter multidisciplinar, no sólo comprende el estudio del Derecho comunitario, su jurisprudencia y los convenios internacionales supracomunitarios, sino también el de los textos elaborados por los distintos Grupos de Académicos. Al anterior, le han seguido otras, entre las que deben destacarse las siguientes: *Derecho Privado Europeo: estado actual y perspectivas de futuro*, (coordinadores M^a del R. Díaz Romero y otros), Aranzadi, Navarra, 2008; *Principios de Derecho Contractual Europeo y Principios de Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales*, (directores M^a. Pilar Ferrer Vanrell y Anselmo Martínez Cañellas), Dykinson, Madrid, 2009; *Derecho Contractual Europeo*, (director Esteve Bosch Capdevila, coordinador Decanato del Colegio de Registradores de Catalunya), Editorial Bosch, Barcelona, 2009 y recientemente *Nuevas Perspectivas del Derecho Contractual*, (Director Esteve Bosch Capdevilla), Editorial Bosch, Barcelona, 2012.

También debe indicarse que el estudio tanto de los PECL como del DCFR no ha quedado preso sólo de los estudios científicos, sino que también se van consolidando en los Manuales de lo que hoy se conoce en la mayoría de los planes de estudios como Derecho Civil Patrimonial I. En este plano debe destacarse la reciente obra de LÓPEZ Y LÓPEZ y VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Derecho Civil Patrimonial I*, AA. VV., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, que adopta una visión moderna de la asignatura con continuas referencias a las similitudes y diferencias de nuestro Derecho con los PECL, el DCFR, la CESL, e incluso los PETL. En esta línea también LASARTE ÁLVAREZ había incorporado algunas referencias a los PECL y a los PETL en su pedagógico *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho civil II*, Decimocuarta edición, Marcial Pons, Madrid, 2010. Con todo ello, los futuros graduados en Derecho tienen la oportunidad de formarse en contacto con los nuevos horizontes abiertos al Derecho civil.

El proceso de modernización del Derecho contractual

Finalmente, debemos citar la existencia de grupos de profesores que respiran una constante inquietud por el estudio del Derecho Privado Europeo y su análisis con el Derecho de nuestro Código. Así la Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado (REDPEC), que dirige el profesor MARTÍN CASALS, y también el Grupo Actualiza, fundado en la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla, que, dirigido por la profesora VALPUESTA FERNÁNDEZ, aglutina un elenco de prestigiosos civilistas de diversas Universidades españolas con el firme propósito de, a modo de “Comisión Lando”, centrar sus esfuerzos en una propuesta académica de modernización del Derecho de los contratos.

CAPÍTULO SEGUNDO: ANÁLISIS DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LOS PECL

1. El sistema de responsabilidad contractual de los PECL
 - 1.1. El significado de la responsabilidad contractual en los PECL: su regulación
 - 1.2. La construcción del sistema de responsabilidad contractual en los PECL
 - 1.2.1. Planteamiento
 - 1.2.2. El concepto de obligación contractual como punto de partida: la noción del Código Civil
 - 1.2.3. La concepción de la obligación contractual adoptada por los PECL: sus consecuencias en el sistema de responsabilidad contractual
 - a) El concepto unitario del incumplimiento
 - b) Una responsabilidad contractual objetiva
 - c) Un sistema unitario y armonizado de remedios ante el incumplimiento: el *ius variandi*
 - 1.3. Los mecanismos de protección en el caso de incumplimiento: sus límites
2. La posición de la indemnización de los daños y perjuicios y de la pretensión de cumplimiento dentro de los sistemas de responsabilidad contractual
 - 2.1. Introducción: *pacta sunt servanda versus efficient breach*
 - 2.2. El panorama general en el Derecho Comparado
 - 2.3. El panorama en el Derecho interno español

Análisis del sistema de responsabilidad contractual de los PECL

2.3.1. Introducción

2.3.2. La ejecución *in natura* en la doctrina del Tribunal Supremo

2.3.3. La ejecución de las prestaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil

2.3.4. Conclusión

2.4. Las soluciones adoptadas en el Derecho uniforme anterior a los PECL

2.4.1. En la CISG

2.4.2. En los PICC

2.5. La solución adoptada en el *soft law* de los PECL

2.5.1. Exposición de los preceptos: regla y excepciones

2.5.2. Conclusión

1. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LOS PECL

1.1. El significado de la responsabilidad contractual en los PECL: su regulación

Tradicionalmente, en los Ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, la expresión responsabilidad contractual se ha empleado para referirse a la reparación de los daños contractuales, dejando extramuros de la misma al resto de remedios o mecanismos de protección que el perjudicado podía ejercitar frente al incumplimiento del contrato¹. En cambio, el nuevo sistema diseñado por la “Comisión Lando”², se refiere a la responsabilidad contractual en un sentido *lato*³, que comprende tanto el deber de indemnizar los daños y perjuicios como la puesta en funcionamiento de todos los demás remedios contractuales⁴.

¹ Frente al tradicional enfoque restrictivo de la responsabilidad contractual, y a favor del adoptado por los PECL, *vid.*, PANTALEÓN PRIETO, F., «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil*, 1993, pp. 1719 a 1745. En el mismo sentido MORALES MORENO, A.M., *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 21 y 22.

² Al calificar al sistema de responsabilidad de los PECL como “nuevo”, lo hacemos en relación con los sistemas nacionales de nuestro entorno, ya que a nivel internacional, los PECL al igual que los PICC, no hacen más que seguir las líneas ya trazadas por el sistema adoptado por la CISG.

³ Así lo creen, DIEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., al indicar que «los remedios están regulados en el Capítulo noveno. Todos ellos integran lo que, en un sentido amplio, podríamos denominar el sistema de responsabilidad contractual; es decir, el conjunto de consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento, orientadas a satisfacer el interés del contratante insatisfecho», *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, p. 317.

⁴ Semejante al sistema de responsabilidad contractual adoptado por los PECL, fue introducido en nuestro Derecho, si bien restringido a las ventas de bienes de consumo, por la incorporación mediante la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (BOE número 165 de fecha 11 de julio de 2003), de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DOCE número L 171 de siete de julio de 1999, páginas 12 a 16). El artículo 4 de la citada Ley titulado *Responsabilidad del vendedor y*

Como se abordará más adelante, esta amplia forma de concebir la responsabilidad contractual no es más que el resultado final de la combinación de las tres características principales sobre las que se sustenta la construcción del sistema de responsabilidad contractual en los PECL: la unificación del concepto de incumplimiento, una responsabilidad objetiva, y un sistema unitario y armonizado de remedios.

Los PECL dedican los Capítulos 8 y 9 al incumplimiento y a los medios de tutela de que dispone la parte que sufre el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones derivadas del contrato⁵.

derechos del consumidor establecía que «El vendedor responderá ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien. En los términos de esta ley se reconoce al consumidor el derecho a la reparación del bien, a la sustitución, a la rebaja del precio y a la resolución del contrato». Y en la disposición adicional se dispuso que «En todo caso, el comprador tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad». La Ley, al igual que la Directiva, partiendo de la falta de conformidad como presupuesto desencadenante, regula como mecanismos de protección del consumidor, la reparación o sustitución, y la rebaja del precio y la resolución, dejando lo relativo a la indemnización de los daños y perjuicios a la normativa civil y mercantil propia. Posteriormente la Ley 23/2003 fue derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE número 287, de 30 de noviembre de 2007, pp. 49181 a 49215), cuyo artículo 118, en la línea de los textos normativos anteriores, establece que «El consumidor y usuario tiene derecho a la reparación del producto, a su sustitución, a la rebaja del precio o a la resolución del contrato, de acuerdo con lo previsto en este título». Por último, en el párrafo 2º del artículo 128 se reconoce al consumidor la posibilidad de acudir además de a los mecanismos enumerados en el artículo 118, a la indemnización de daños y perjuicios.

⁵ La parte primera de los Principios del Derecho Contractual Europeo del año 1990, que ha visto la luz en LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Part I: Performance, Non-performance and Remedies*, (Prepared by The Commission on European Contract Law. Chairman: Professor Ole Lando), Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1995, recoge los principios aplicables al incumplimiento y los remedios en general en el Capítulo 3º, titulado «Non-Performance and Remedies in General», pp. 120 a 151; y los recursos específicos en el Capítulo 4º, titulado «Particular Remedies for Non-Performance», pp. 152 a 220. Con posterioridad a la primera parte de los principios ha sido publicada una segunda, donde se contiene una versión revisada de las reglas de la primera. En lo que aquí interesa véase el Capítulo 8º, «Non-Performance and Remedies in General», pp. 359 a 390; y los recursos específicos en el Capítulo 9º, titulado «Particular Remedies for Non-Performance», pp. 391 a 459. En la versión española, Capítulo 8º, «Incumplimiento y Recursos en General», pp. 525 a 574, y Capítulo 9º, «Recursos Específicos en Caso de Incumplimiento», pp. 575 a 679, publicada en *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, Edición: Ole Lando y Hugh Beale, (Edición española a cargo de Barres Benlloch P., Embid Irujo J.M. y Martínez Sanz F.), Colegios Notariales de España, Madrid, 2003. Sobre el contenido de los PECL, *vid.*, entre otros: GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Los principios Lando», en AA. VV., *Derecho Contractual Europeo*,

El Capítulo 8, titulado «*Incumplimiento y recursos en general*» establece las bases fundamentales sobre las que se construye todo el sistema de responsabilidad contractual en los PECL. Se estructura en nueve artículos (artículos 8:101 a 8:109): el primer artículo se refiere al incumplimiento y a los medios o recursos de protección frente al mismo, acuñando la nomenclatura de los sistemas de *Common Law* de “*remedies*” (artículo 8:101); la acumulación de remedios (artículo 8:102); el concepto de incumplimiento esencial para la resolución del contrato (artículo 8:103); la corrección de la prestación defectuosa (artículo 8:104); las garantías del cumplimiento (artículo 8:105); la notificación del establecimiento de un plazo adicional para el cumplimiento (artículo 8:106); el cumplimiento de la prestación por un tercero (artículo 8:107); la imposibilidad de la prestación como causa de exoneración del cumplimiento (artículo 8:108); y, finalmente, las cláusulas de exclusión o de restricción de los remedios frente al cumplimiento (artículo 8:109)⁶. El Capítulo 9, último de la Parte II, titulado «*Recursos específicos en caso de incumplimiento*», se dedica, una vez que se ha adoptado un concepto unitario del incumplimiento [artículo 1:301 (4)] y que el Capítulo anterior construye un sistema de remedios unitario y armonizado frente al incumplimiento, a regular detalladamente y con una fuerte inspiración en la CISG, cada uno de los remedios de que dispone la

(director Esteve Bosch Capdevila, coordinador Decanato del Colegio de Registradores de Catalunya), Editorial Bosch, Barcelona, 2009, pp. 155 a 157; LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, pp. xxix a xlii; MARTÍNEZ SANZ, F., «Principios de Derecho Europeo de los Contratos (Comisión Lando)», en AA. VV., *Derecho Privado Europeo*, (coordinada por Sergio Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2003, pp. 195 y 196; MASIDE MIRANDA, J.E., «El futuro Código Civil Europeo de Contratos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LXXX, Julio-Agosto 2004, Número 684, pp. 1800 y 1801; OLIVA BLÁZQUEZ, F., *Proyecto de investigación para el concurso a la plaza de profesor titular*, obra inédita, 2007, pp. 140 a 146 y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «La unificación del derecho privado europeo: los principios de derecho contractual europeo de la Comisión Lando», en AA. VV., *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa*, (editores Sixto Sánchez Lorenzo y Mercedes Moya Escudero), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 257 y 258.

⁶ Así lo reconocen LANDO, O., BEALE, H., al afirmar que «to give a little more detail of the contents of Chapter 8, the Chapter starts by setting out the basic rules governing remedies mentioned earlier. Thus Article 8:101 states which remedies are available in a case of non-excused non-performance and which are available when the non-performance is excused; Article 8:108 defines excused non-performance», *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. xi.

parte que sufre el incumplimiento⁷. Este Capítulo está estructurado en cinco secciones, regulándose en cada una de ellas un determinado remedio. La sección 1ª «*Derecho a exigir el cumplimiento*» disciplina el derecho a exigir el cumplimiento en los artículos 9:101 al 9:103 [artículos 3:301 al 3:303 del libro III del DCFR]; la sección 2ª «*Excepción de incumplimiento contractual*» norma el derecho de la parte perjudicada a suspender su prestación en el artículo 9:201 [artículo 3:401 (1) (2) y (4) del libro III del DCFR]; la sección 3ª «*Resolución del contrato*» dispone las normas aplicables a la resolución del contrato en los artículos 9:301 al 9:309 [artículos 3:502 (1), 3:506 (2), 3:507 (1), 3:508, 3:104 (4), 3:504, 3:509 (1) y (2), 3:511 (2), 3:512 (2), 3:510, 3:512 del libro III del DCFR]; la sección 4ª «*Reducción del precio*», regula la facultad de reducción del precio pactado en el artículo 9:401 [artículo 3:601 del libro III del DCFR]; y la 5ª y última sección, objeto de nuestro estudio, «*Daños y perjuicios*» dispone las normas sobre la indemnización de los daños y perjuicios en los artículos 9:501 al 9:510 [artículos 3:701 al 3:708, 3:712 y 3:713 del libro III del DCFR]⁸.

⁷ Los Capítulos 8 y 9 de los PECL han sido refundidos en el *Chapter 3: Remedies for non-performance* del libro III del DCFR.

⁸ En general, sobre los diversos mecanismos de protección en caso de incumplimiento del contrato en los PECL, *vid.*, entre otros: CHENGWEI, L., «Remedies for Non-performance: Perspective from CISG, UNIDROIT & PECL», <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei-74.htm1>, pp 1 a 50; Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 317 a 384; LANDO, O., «The Structure and the Salient Features of the Principles of European Contract Law», *Jurídica Internacional*, VI/2001, p. 11; LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, pp. 359 a 459; MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Algunos mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual en un futuro derecho europeo de contratos, cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios», en AA.VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 2003, pp. 2455 a 2470 y «Mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios», en AA.VV., *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, (editores Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 459 a 470; NAVAS NAVARRO, S., *El incumplimiento no esencial de la obligación*, ed. Reus, Madrid, 2004, pp. 277 a 334; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «Importancia de la tensión “civil law-common law” en la elaboración de los principios del derecho contractual europeo», en AA.VV., *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa*, (editores Sixto Sánchez Lorenzo y Mercedes Moya Escudero), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 302 a 306 y «El nuevo derecho contractual europeo: incumplimiento y remedios», en AA.VV., *Europa y los nuevos límites de autonomía privada*, (Juan Miguel Ossorio Serrano ed.), Universidad de Granada, 2005, pp. 83 a 91; VAQUER ALOY, A., «Incumplimiento del Contrato y Remedios», en AA.VV., *Derecho Privado Europeo*, (coordinado por Sergio Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2003, pp. 539 a 545; VENEZIANO, A., «Commentary Arts. 8:101 a 8:103», en AA.VV., *Principles of European Contract*

Ambos Capítulos constituyen la regulación del sistema de responsabilidad contractual de los PECL, si bien el sistema ha de completarse forzosamente con otros preceptos que se encuentran dispersos por su texto, tales como el artículo 1:201: *Sobre la buena fe contractual* [artículos 3:301 (2), 1:103 (1) y (2) del libro I del DCFR]; el artículo 1:202: *Deber de colaboración* [artículo 1:104 del libro I del DCFR]; el artículo 1:301 (4): *Definición del término incumplimiento* [artículos 1:108 (1) del libro I y 1:102 (3) del libro III del DCFR]; el artículo 1:302: *Definición de lo razonable* [artículo 1:104 del libro I del DCFR]; el artículo 4:110: *Cláusulas abusivas no negociadas individualmente* [artículos 9:403 a 9:405, 9:406 (2), 9:407 (1) y 9:408 del libro II del DCFR]; el artículo 4:118: *Exclusión o restricción de las acciones* [artículo 7:215 del libro II del DCFR]; el artículo 4:119: *Acciones para casos de incumplimiento* [artículos 7:216 del libro II del DCFR].

Los principios claves del sistema de responsabilidad contractual diseñado por los PECL han sido trasplantados al DCFR en su integridad, existiendo artículos que son idénticos, como por ejemplo el 3:102: *Cumulation of remedies* del DCFR y el 8:102 de los PECL; si bien el DCFR adopta una versión más detallada, más elaborada del sistema de responsabilidad de los PECL. Sirva como muestra de la anterior afirmación, el detalle en la regulación de la *Section 2: Cure by debtor of non-conforming performance*.

Resulta ciertamente revelador de la importancia actual de la concepción de la responsabilidad contractual *lato sensu* y de la necesidad de un concepto unitario del incumplimiento, la Exposición de Motivos de la PMCC, en la que se afirma que «*especialmente insuficiente ha demostrado ser, a lo largo de muchos años de práctica jurídica, en los códigos decimonónicos el tratamiento de los incumplimientos contractuales. Carecen en ellos de regulación especial y de perfiles definidos y tampoco se encuentran armónicamente organizados los*

Law and Italian Law, (edited by Luisa Antonioli y Anna Veneziano) Kluwer Lax International, The Netherlands, 2005, pp. 357-369 y ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho Privado Europeo*, (traducción Vaquer Aloy), Civitas, Madrid, 2000, pp. 126 a 140.

remedios y acciones que frente a los incumplimientos puede ejercitar quien los padece, aunque deba decirse, en descargo de los codificadores españoles, que problemas muy similares se han suscitado y continúan suscitándose en muchos ordenamientos europeos que tantas veces se han denominado como modernos y progresistas. Todo ello había dado lugar a un debate nunca resuelto sobre los sistemas vigentes en materia de lo que se puede llamar de un modo genérico “responsabilidad contractual”, decidiendo sobre todo si ésta es de índole culpabilística y se funda en la culpa del deudor o presenta algunos rasgos de objetivación». Con tales aseveraciones, la Comisión General de Codificación está poniendo de manifiesto la necesidad de dotar a nuestro Código civil de una regulación del incumplimiento y de los mecanismos de protección, en definitiva, de un sistema de responsabilidad contractual cuyas líneas maestras se encuentren perfectamente trazadas, bien definidas, que sean coherentes y armónicas⁹. Las intenciones anunciadas en la Exposición de Motivos, por lo que se refiere al significado de la responsabilidad, se han plasmado en su artículo 1190 que, de forma especular al artículo 8:108 de los PECL, enumera los remedios de los que puede disponer el acreedor insatisfecho¹⁰.

A la regulación y estructura que del incumplimiento y de los remedios frente al mismo realizan los PECL no han sido indiferentes los miembros de la Comisión General de Codificación, que dedican el Capítulo VII del Libro I de la PMCC a la regulación del incumplimiento y de los medios de tutela del crédito de forma muy similar. El Capítulo VII se divide en cinco secciones. La sección 1ª titulada «*Disposiciones Generales*», tiene como principal novedad, que por primera vez se introduce en nuestro Derecho, un concepto legal de

⁹ Además, con la modificación del Código Civil, se pretende obtener otras finalidades: «*tratar de establecer las reglas que resulten más acordes con las necesidades apremiantemente sentidas en los tiempos que corren,...buscar la mayor aproximación posible del Derecho español a los ordenamientos europeos*», COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN..., *op. cit.*, p. 11.

¹⁰ Artículo 1190: «*En caso de incumplimiento podrá el acreedor, conforme a lo dispuesto en este Capítulo, exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y, en cualquiera de estos supuestos, podrá además exigir la indemnización de los daños y perjuicios producidos*».

incumplimiento¹¹ en el párrafo primero del artículo 1188 de la PMCC¹² en términos muy similares al artículo 1:301 (4) de los PECL. Al incumplimiento causado por el acreedor, de forma similar al artículo 8:101 (3) también hace referencia el artículo 1188 en su párrafo segundo¹³. Culmina la sección 1ª, con la regulación en el artículo 1191 del derecho a suspender la ejecución de la prestación en las obligaciones sinalagmáticas, es decir, la *exceptio non adimpleti contractus*. La sección 2ª «*De la acción de cumplimiento*» regula el derecho a exigir el cumplimiento en los artículos 1192 al 1196; la sección 3ª «*De la reducción del precio*» disciplina la facultad de reducción del precio pactado en los artículos 1197 y 1198; la sección 4ª «*De la resolución por incumplimiento*» dispone las normas aplicables a la resolución del contrato en los artículos 1199 al 1204; y la 5ª y última sección, «*De la indemnización de los daños y perjuicios*», establece el régimen jurídico aplicable a la indemnización de los daños y perjuicios en los artículos 1205 al 1212.

De la enumeración que el artículo 1190 de la PMCC realiza de los distintos medios de protección del crédito, y de la regulación que el Capítulo VII realiza del incumplimiento y de sus efectos, llama considerablemente la atención el hecho de que en ningún momento se realice referencia a la mora, de lo que deriva, de fructificar la PMCC, y en la misma línea ya trazada por los PECL, que el vigente artículo 1100 de nuestro Código desaparecerá. Y ello no significa que el acreedor quede desprovisto de mecanismos de defensa ante el retraso en la entrega o en la realización de alguna cosa, sino que tal retraso

¹¹ Sobre la deficiente regulación del incumplimiento en nuestro Código civil, entre otros muchos, CRISTÓBAL MONTES, A., afirma que «ciertamente, la regulación del incumplimiento en nuestro CC, con un defectuoso artículo 1.101, una anacrónica visión de la culpa y el caso fortuito y una indefendible relegación del básico punto de la imposibilidad sobrevenida de la prestación al anodino campo de la pérdida de la cosa debida», *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 11.

¹² Artículo 1188 (1): «*Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulte. Nadie podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por la acción u omisión del que lo invoque*».

¹³ Artículo 1188 (2): «*Nadie podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por la acción u omisión del que lo invoque*».

queda englobado dentro del concepto unitario de incumplimiento, como sostienen tanto la “Comisión Lando” como la Comisión General de Codificación. A diferencia de los PECL y de la PMCC, la Academia de Pavía sí regula la mora: a la del deudor dedica el artículo 96, dentro de las disposiciones generales del incumplimiento del contrato, y a la del acreedor dedica los artículos 103 y siguientes¹⁴.

El sistema de responsabilidad contractual adoptado por la “Comisión Lando”, no parece haber sido la opción seguida por la Academia de Pavía en la redacción de su Código Europeo de Contratos. En su artículo 89¹⁵ parte, en principio, de un concepto unitario del incumplimiento¹⁶, si bien todavía muy apegado a los sistemas continentales, como lo pone de manifiesto la posterior distinción en función del tipo de obligación incumplida¹⁷, pero no integra de forma plena la regulación de todos y cada uno de los mecanismos de

¹⁴ Vid., por todos PÉREZ MONGE, M., «Aproximación a la incidencia de la eventual adopción del proyecto de Pavía en el tratamiento del incumplimiento de las obligaciones contractuales en Derecho español», *Anuario de Derecho Civil*, 2005, pp. 1174 a 1192.

¹⁵ Artículo 89 CEC. Noción de incumplimiento: «A reserva de lo que prevén las disposiciones siguientes, una obligación contractual es considerada incumplida cuando uno de los contratantes o sus colaboradores o delegados adoptan un comportamiento diferente con relación a aquél que es previsto en el contrato, o cuando tiene lugar una situación de derecho o de hecho diferente de la que se puede tener por prometida».

¹⁶ LOBATO GÓMEZ, J.M., indica que «el artículo 89 del CEC parte de una noción general, abstracta y descriptiva de incumplimiento contractual que trata de abarcar, sin hacer ninguna referencia expresa a cada uno de ellos, todos los posibles supuestos de incumplimiento, desde el incumplimiento total y definitivo, hasta el incumplimiento tardío, parcial o defectuoso», «El incumplimiento del contrato», en AA. VV., *Código Europeo de Contratos*, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), t.II, Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, (dir. por Carlos Vattier, José M^a. de la Cuesta y José M^a Caballero), Dykinson, Madrid, 2003, p. 373.

¹⁷ Entre otros, el artículo 92 relativo al incumplimiento de la obligación de entregar una cosa determinada; el artículo 93 al incumplimiento de la obligación de entregar una cantidad de cosas genéricas; el artículo 94 al incumplimiento de una obligación de hacer; el artículo 95 al incumplimiento de una obligación de no hacer, y el artículo 96 a la mora del deudor. Lo que pone de manifiesto que si bien el artículo 89 parece partir de un concepto amplio de incumplimiento, en los artículos siguientes se hace referencia a determinados tipos de incumplimiento con carácter particular.

protección del crédito, con lo que no impregna a su sistema de remedios de la misma fuerza armonizadora y unitaria que los PECL¹⁸.

1.2. La construcción del sistema de responsabilidad contractual en los PECL

1.2.1. Planteamiento

Del artículo 8:101 se extraen los dos principios básicos sobre los que se construye el sistema de responsabilidad contractual en los PECL¹⁹. El primero es la unificación del término incumplimiento *-non-performance*²⁰, que existirá siempre que se dejen de cumplir cualquiera de las obligaciones derivadas de la relación contractual; por lo que quedan englobadas bajo el concepto de *non-performance, inadempimento, inexécution* e incumplimiento, tanto la falta total de cumplimiento, como el cumplimiento defectuoso, el tardío, la violación de derechos accesorios y el impedimento de que la otra parte cumpla su obligación²¹. Se incluye igualmente dentro del concepto de incumplimiento el

¹⁸ Así, LOBATO GÓMEZ, J.M., considera que «el CEC, como paso previo, diferencia claramente la responsabilidad por daños y perjuicios derivada del incumplimiento imputable y los restantes remedios jurídicos que puede originar», *op. cit.*, p. 372. No muy conformes con la separación de la regulación de la indemnización de daños y perjuicios con el resto de remedios ante el incumplimiento se han pronunciado VATTIER, C., DE LA CUESTA, J.M^a., CABALLERO, J.M^a., *Código Europeo de Contratos*, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), Tomo I y II, Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, (dirigido. por Carlos Vattier, José M^a. de la Cuesta y José M^a Caballero), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 20 y 21, quienes a pesar de ello usan como términos diferentes los remedios del incumplimiento y la responsabilidad contractual.

¹⁹ Así, MORALES MORENO, A.M., considera «los dos elementos sobre los que se vertebra el nuevo sistema de responsabilidad contractual (concepto unitario de incumplimiento y sistema articulado de remedios)», *La Modernización del...*, *op. cit.*, p. 17.

²⁰ Los propios PECL se preocupan por definir el concepto de incumplimiento en el párrafo cuarto del artículo 1:301: «el término “incumplimiento” denota cualquier incumplimiento de una obligación derivada del contrato, esté o no justificado, e incluye el cumplimiento tardío o defectuoso, así como la inobservancia del deber de colaborar para que el contrato surta plenos efectos».

hecho de que la prestación no se realice libre de cargas y gravámenes²². El segundo de los principios consiste en la implantación de un novedoso sistema armonizado, unitario y articulado de *remedies*²³ ante el incumplimiento contractual. Unidad y armonización que se deriva de forma patente de la regulación que el Capítulo 9 hace de los distintos remedios²⁴.

1.2.2. El concepto de obligación contractual como punto de partida: la noción del Código Civil

La caracterización de un sistema de responsabilidad contractual como unificador del término incumplimiento, de carácter subjetivo u objetivo, o por último, como armonizador de los medios de tutela, no supone, o no debería suponer, una opción arbitraria o caprichosa de los encargados de legislar o de

²¹ Distintamente, NAVAS NAVARRO, S., para quien «los PECL, a diferencia de sus homólogos, los Principios UNIDROIT, no ofrecen una definición de “incumplimiento contractual”. En ellos, el art. 8:101 prescribe en su primer apartado, simplemente, que cuando una parte no cumple con su obligación y dicha inejecución no resulta excusable a tenor de lo que advierte el art. 8:108, la parte perjudicada puede acudir a los remedios establecidos en el Capítulo IX de los Principios. La inejecución, que recoge este texto, comprende, a tenor de la doctrina, cualquier contravención del programa contractual», «El resarcimiento de daños en los Principios de Derecho de los Contratos (Con especial referencia al Derecho español)», *Actualidad Civil*, 2000, pp. 1236 a 1237. En el mismo sentido VATTIER FUENZALIDA, C., indica que «los Principios consagran, aunque no definen, una noción amplia de incumplimiento, del que se responde siempre, a no ser que se deba a un impedimento incontrolado e imprevisto (art. 8:101)», «Nota sobre el incumplimiento y la responsabilidad contractual», en AA. VV., *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, T. II, (coord. por Eugenio Llamas Pombo), ed. La Ley, Madrid, 2006, p. 925.

²² Sobre la conceptualización unificada del *non-performance* en los PECL, *vid.*, entre otros: Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 321 a 322; LANDO, O., «El derecho contractual europeo en el tercer milenio», *Derecho de los Negocios*, 116, 2000, pp.12 y 13 y «The Structure and...», *op. cit.*, p. 11; LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. 359; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho...», *op. cit.*, p. 83; VAQUER ALOY, A., «Incumplimiento...», *op. cit.*, pp. 526 y 527.

²³ Sistema unitario y armonizado al que son ajenos la mayoría de los Ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, que se decantan por una opción fragmentaria e inconexa en su regulación.

²⁴ En relación a la opción de la Comisión Lando por un sistema unitario y armonizado de remedios, *vid.*, entre otros: Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 317 y PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho...», *op. cit.*, p. 83.

elaborar normas carentes de carácter imperativo (*soft law*), sino que debería responder a la coherencia interna de la que se haya querido dotar al propio sistema. Por ello, considero que la clave de bóveda de todo el sistema de responsabilidad contractual diseñado por los PECL, se encuentra en la forma de configurar el contrato, en cómo se construya la relación obligatoria nacida del contrato²⁵.

Si bien toda celebración de un contrato tiene como fin último lograr la plena satisfacción del interés del acreedor, en función del papel que se le conceda al deudor en la consecución de dicho fin, puede configurarse la relación obligatoria nacida del contrato desde dos puntos de vista diferentes:

- Como un vínculo del que derivan una serie de deberes para el deudor, por lo que se le exige que adopte su conducta a un comportamiento previamente establecido en el contrato. El contrato se construye sobre la idea de deber y existirá una quiebra del contrato cuando no se cumplan dichos deberes u obligaciones.

- Como un vínculo del que deriva no un deber de conducta del deudor, sino la satisfacción del interés del acreedor. El contrato se contempla desde la garantía de la obtención de la satisfacción del acreedor, garantiza un resultado.

Resulta de gran interés el análisis que realiza el profesor MORALES MORENO de los ingredientes que configuran las dos formas de concebir el vínculo contractual²⁶. De forma que si la relación obligatoria se contempla desde el punto de vista del deber de conducta del deudor, éste sólo viene obligado a ejecutar la prestación en los mismos términos del programa

²⁵ Sobre las diferentes formas de configurar la relación obligatoria y su influencia en la construcción de los distintos sistemas de responsabilidad contractual *vid.*: Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 318 a 320; MORALES MORENO, A.M., «Comentario al artículo 35 de la CISG», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 289 a 292.

²⁶ MORALES MORENO, A.M., «Comentario al artículo 35...», *op. cit.*, pp. 290 a 292.

negocial. El deudor incumplirá el contrato siempre que no dirija su conducta a cumplir lo estipulado en el mismo. El deudor quedará liberado de responsabilidad siempre que haya desplegado la conducta prevista, con independencia de que el resultado sea o no satisfactorio para el acreedor. Por tanto, según esta concepción de la obligación, el acreedor soporta en mayor medida el riesgo de insatisfacción de las expectativas que le llevaron a celebrar el contrato.

Si por el contrario, el acento del vínculo obligatorio se sitúa en la garantía de un resultado, al deudor se le exigirá un *plus* en su conducta²⁷. Deberá desplegar una actividad lo suficientemente apropiada para que el acreedor obtenga la plena satisfacción de su interés, satisfacción que es a lo que se encuentra obligado. Esta forma de concebir el contrato implica el reparto o la distribución entre las partes contratantes del riesgo de insatisfacción del acreedor²⁸.

²⁷ MORALES MORENO, A.M., uno de los mayores exponentes en nuestra doctrina de la concepción del vínculo obligatorio como garantía de un resultado, afirma que «hoy podemos afirmar que la nueva construcción del derecho de obligaciones contractual tiende a reforzar, en la vinculación contractual, la idea de garantía de un resultado, que traspasa los límites de la idea de cumplimiento del deber de prestación. Afirmar que el deudor garantiza un resultado (un nivel de satisfacción del interés del acreedor) supone que la vinculación contractual tanto puede referirse al cumplimiento de deberes de conducta, como a hechos, situaciones o estados de la realidad (presente o futura), que constituyan presuposiciones del contrato, cuando el riesgo que para el acreedor implica su existencia o no existencia corre de algún modo a cargo del deudor. Supone también, por ello, que la fuerza vinculante de la relación obligatoria opera en los casos de imposibilidad inicial total (la imposibilidad inicial no determina necesariamente la nulidad del contrato) y que la imposibilidad sobrevenida, incluso total, no imputable al deudor, no provoca necesariamente la extinción de la relación obligatoria, porque en ambos casos puede operar la garantía del deudor. Igualmente implica que la culpabilidad no tiene que ser un ingrediente necesario del propio concepto de incumplimiento, sino que éste consiste, lisa y llanamente, en la falta de ejecución (o falta de realización) de las exigencias del contrato, con la consiguiente insatisfacción del interés del acreedor. Este enfoque, en definitiva, permite explicar mejor la responsabilidad contractual, no circunscribiéndola a un juicio de reproche del deudor, por su conducta culpable; permite entenderla como un instrumento jurídico preciso de reparto de riesgos entre los contratantes, en el ámbito que organiza el contrato.», *La Modernización del...*, op. cit., pp. 19 y 20. Vid. también MONTÉS PENADÉS, V.L., «La responsabilidad por incumplimiento», en AA. VV., *Derecho de obligaciones y contratos*, (coordinado por Valpuesta Fernández), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2ª edición, pp. 203 y 204.

²⁸ MONTÉS PENADÉS, V.L., «El incumplimiento de la obligación», en AA. VV., *Derecho de obligaciones y contratos*, (coordinado por Valpuesta Fernández), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2ª edición, p. 179.

A la configuración de la relación obligatoria como un deber de conducta del deudor responden los sistemas de responsabilidad contractual de los países de *Civil Law*, por lo que el incumplimiento de esos deberes constituye el presupuesto básico de la obligación de responder. Por el contrario, los países del *Common Law*, configuran el vínculo contractual como la garantía de la consecución de un resultado, la satisfacción del acreedor, de lo que deriva que la responsabilidad contractual se construya sobre la satisfacción o no del interés del acreedor y no sobre la conducta del deudor.

Dependiendo de la perspectiva desde la que se enfoque el vínculo contractual, se derivan unas consecuencias u otras; así, en los países de *Civil Law*, la responsabilidad contractual se caracteriza por la adopción de un concepto poco flexible del incumplimiento basado en la conducta del deudor, que no permite dar cabida a todos los supuestos de insatisfacción del acreedor que técnicamente no suponen una infracción de deberes por parte del deudor. En este sentido, MORALES MORENO señala que, «si se vende una obra de arte, el interés del comprador queda insatisfecho tanto si el vendedor incumple su deber de entregarla, como si la pieza vendida no es auténtica»²⁹. Ahora bien, ambos tipos de insatisfacciones reciben tratamientos distintos. La falta de entrega se configura como un incumplimiento, ya que el deudor no ha cumplido su deber, la entrega de la obra de arte, y pone en marcha los mecanismos normales de defensa ante el incumplimiento, o en otras palabras, la responsabilidad contractual general. Por el contrario, la falta de autenticidad de la obra de arte no se configura como un incumplimiento en sentido estricto. Ello genera la necesidad de ofrecer al acreedor insatisfecho unos mecanismos alternativos de protección de su crédito lesionado, como sería el caso del saneamiento por vicios ocultos (artículos 1484 a 1499 del CC).

De la configuración en los países de *Civil Law* del término incumplimiento como sinónimo de infracción del deber de conducta del deudor,

²⁹ MORALES MORENO, A.M., «Comentario al artículo 35...», *op. cit.*, p. 291.

independientemente del grado de satisfacción del acreedor, deriva que el fundamento de la responsabilidad contractual se encuentre en la culpa. La responsabilidad contractual sería un mecanismo de reproche frente a la conducta culposa o negligente del deudor³⁰. No obstante lo anterior, debe destacarse que en nuestro Código civil, junto al régimen general de responsabilidad contractual de los artículos 1101 y siguientes, conviven regímenes especiales de responsabilidad, que, como ha indicado LÓPEZ Y LÓPEZ, suponen «excepciones más o menos intensas al sistema o principio de la culpa»³¹.

Por último, la ausencia de un concepto unitario del incumplimiento y el carácter subjetivo de la responsabilidad conectado a unos regímenes especiales de responsabilidad de tintes objetivos, impiden en los países de *Civil Law* la construcción de un sistema unitario, armonizado y articulado de responsabilidad contractual³². Si se realiza un recorrido a lo largo del articulado

³⁰ Resulta curioso que se pretenda fundar en nuestro Derecho la responsabilidad contractual en la culpa, y a continuación se dote a su regulación de una serie de *medidas correctoras* (artículos. 1104 y 1183 del C.C.) como para evitar un resultado que no es deseado, pero al que nos conduce el fundamento culpabilístico. Así señala LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., en relación al fundamento de la responsabilidad contractual en el Derecho interno español que «el entendimiento tradicional de este tema ha sido, sin perjuicio de que entre los diversos autores y sobre concretos puntos pueda haber alguna discrepancia, el siguiente: la responsabilidad se funda en la culpa (arg. *Ex* art. 1.101 del Código Civil), entendida como negligencia = ausencia de diligencia; culpa, por otro lado, y paradójicamente, “objetiva”, pues remite a un canon estándar de conducta (art. 1.104 del Código Civil); negligencia que se presume (*id est*, la carga de la prueba de la diligencia corresponde al deudor argumentando con el artículo 1.183 del Código Civil), siendo el objeto de acreditación de la prueba liberatoria la demostración del caso fortuito o la fuerza mayor, concebidos como “no culpa”», «Comentario a los artículos 45 a 52», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 411 y 412.

³¹ Sobre los regímenes especiales de responsabilidad contractual en nuestro Código Civil, *vid.*: LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., «Comentario a los artículos 45...», *op. cit.*, p. 412; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Las Relaciones Obligatorias*, 6 edición, Civitas, Madrid, 2008, pp. 717 a 726; MONTÉS PENADÉS, V.L., «La responsabilidad por...», *op. cit.*, pp. 215 y 216 y MORALES MORENO, A.M., *La Modernización del...*, *op. cit.*, pp. 22 a 25.

³² Así lo reconocen Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., «es un rasgo propio de los sistemas continentales la construcción desmembrada o desarticulada del sistema de remedios a través de los cuales se da satisfacción al interés del acreedor», *op. cit.*, p. 319.

de nuestro Código civil, se aprecia cómo además de no existir una definición del incumplimiento, no todas las insatisfacciones del interés del acreedor reciben un mismo tratamiento, puesto que coexisten la regla general del aludido artículo 1101, junto con los regímenes especiales aplicables sólo a determinados tipos de contratos, como por ejemplo: el saneamiento en los contratos de compraventa (artículos 1474 a 1499), la responsabilidad decenal de contratistas y arquitectos (artículo 1591), del comodatario (artículos 1744 a 1746), del depositario (artículos 1766, 1767 y 1769), de los fondistas y los mesoneros (artículos 1783 y 1784)³³. También contribuye a la complejidad de nuestro sistema de responsabilidad, que convivan, como se ha dicho, un régimen general de responsabilidad por culpa, con los que pueden denominarse microsistemas de responsabilidad de carácter objetivo, como ocurre, por ejemplo, con los contratos de compraventa, con el régimen del saneamiento por evicción (artículos 1474 y 1475) y con la responsabilidad de los fondistas y mesoneros (artículos 1783 y 1784)³⁴.

Al anterior entrecruzamiento de regímenes de responsabilidad, debe unirse que los diferentes remedios se encuentran dispersos sin ningún tipo de orden y desconectados los unos de los otros. El cumplimiento forzoso en forma específica (artículos 1096, 1098 y 1099), la indemnización de daños y perjuicios (artículos 1101 y siguientes), la resolución (artículo 1124), la responsabilidad del deudor por la actividad de sus auxiliares (artículos aislados donde se pone de manifiesto esta responsabilidad: 1551, 1564, 1596 y 1721,

³³ Insiste DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., en la importancia de los regímenes especiales al señalar que «para perfilar, dentro de nuestro Derecho Positivo, el sistema y los principios rectores de la responsabilidad del deudor por la infracción o por la violación del derecho de crédito, parece necesario estudiar los regímenes particulares antes de analizar las reglas o los principios generales», *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, op. cit., p. 717.

³⁴ En relación a la regulación del sistema de responsabilidad contractual en el Código Civil español señala MORALES MORENO, A.M., que «lo que a primera vista se percibe en esta regulación, es la fragmentación del sistema de responsabilidad contractual. El sistema carece de un concepto unitario de incumplimiento y no considera como tales los supuestos especiales de saneamiento, etc. Ese carácter fragmentario determina complejidad: da lugar a sutiles diferencias en la delimitación de supuestos, diferencias que conducen a fomentar la discrecionalidad judicial. Pensemos, por ejemplo, en las dificultades que ha creado la delimitación del concepto de vicio oculto», *La Modernización del...*, op. cit., p. 25.

entre otros), o sobre los supuestos de extinción de las obligaciones, bien por perecimiento de la cosa objeto del contrato, bien por hacerse imposible la prestación sin culpa de la parte obligada (artículos 1182 y 1183)³⁵.

Por tanto, lo primero será analizar cuál es la concepción de la obligación derivada de la vinculación contractual adoptada por los PECL, y de ella extraer las características o consecuencias fundamentales, que a su vez entiendo que se encuentran en una clara interdependencia unas de otras -lo cual es lógico si lo que se pretende es dotar de una determinada armonía y coherencia al sistema-, en el siguiente orden, a saber: la concepción del incumplimiento; la imputación de la responsabilidad, ya sea subjetiva u objetiva; y la articulación interna entre los diferentes medios de tutela.

1.2.3. La concepción de la obligación contractual adoptada por los PECL: sus consecuencias en el sistema de responsabilidad contractual

La concepción de la relación contractual propia de los países del *Common Law*, como garantía de un resultado, la satisfacción del acreedor, es la que ha triunfado en la CISG, y por influencia de la misma ha sido la adoptada por la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo³⁶ y también por los PECL.

³⁵ En una línea similar el *Codice Civile* regula el *risarcimento del danno* (artículos 1223 a 1229) *impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore* (artículos 1256 a 1259), *clausula penale e caparra* (artículos 1382 a 1386); o el *Code Civil* francés, que regula, por una parte, *Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation* (artículos 1146 a 1155) y, por otra, de *l'extinction des obligations* (artículos 1234 a 1314).

³⁶ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1999:171:0012:0016:ES:PDF>.

Tanto en los cambios que se han producido en la regulación del derecho de los contratos a nivel nacional³⁷ e internacional³⁸, como en los que seguramente se producirán en el futuro³⁹, se encuentra latente la idea de reforzamiento de la obligación contractual, del vínculo derivado del contrato.

De esta forma de entender la obligación contractual derivan tres características fundamentales: la unificación del concepto de incumplimiento; una responsabilidad contractual objetiva, y un sistema unitario y armonizado de remedios.

a) El concepto unitario del incumplimiento

Como ya se ha indicado, el incumplimiento constituye el presupuesto-eje de todo el sistema de responsabilidad contractual, porque todos los remedios tienen como elemento básico y esencial que se produzca un incumplimiento del contrato. Por ello, estimo conveniente delimitar aquí las líneas maestras por las que discurriré su tratamiento.

Por lo que la primera característica del incumplimiento es ser desencadenante del sistema de responsabilidad. Si no se produce un incumplimiento en cualquiera de las manifestaciones que se han indicado, no podrán entrar en juego los diversos mecanismos que integran la responsabilidad contractual.

³⁷ Como ejemplo, la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch-BGB*), de 26 de noviembre de 2001 *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*.

³⁸ Como la Directiva de consumo, los PICC o los propios PECL y el DCFR.

³⁹ En nuestro país, como ya se ha señalado, la Sección Primera de Derecho civil de la Comisión General de Codificación, se encuentra inmersa en la reforma de los preceptos del Derecho general de obligaciones y contratos. Fruto de sus discusiones ha visto la luz en enero del 2009 su Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, de Enero.

El incumplimiento en los PECL también se caracteriza por su condición de omnicomprendivo⁴⁰. Así lo reconoce el párrafo cuarto del artículo 1:301, al señalar que «*el término incumplimiento denota cualquier incumplimiento de una obligación derivada del contrato, esté o no justificado, e incluye el cumplimiento tardío o defectuoso, así como la inobservancia del deber de colaborar para que el contrato surta plenos efectos*». Bajo el término *non-performance* se engloba cualquier falta de efectiva ejecución del contrato, y ello con independencia de que sea excusable o no, total o parcial. Es incumplimiento toda ausencia de realización del fin del contrato. Los PECL otorgan un mismo tratamiento al incumplimiento definitivo, al cumplimiento defectuoso, a la violación de derechos accesorios y a la mora *debitoris*. Además, desaparece el saneamiento por evicción y vicios ocultos como un régimen de responsabilidad especial del contrato de compraventa, al quedar también incluidos en el concepto de incumplimiento. Por último, también quedarían incluidos en el término incumplimiento la falta de colaboración por el acreedor y la mora *creditoris*. En definitiva, los PECL ofrecen un concepto flexible del incumplimiento, que permite dar cabida a todos los supuestos de insatisfacción del acreedor.

Este macroconcepto o superconcepto de incumplimiento no es más que el resultado de la concepción, a imagen y semejanza del *Common Law*, de la relación obligatoria como un vínculo del que deriva no un deber de conducta del deudor, sino la satisfacción del interés del acreedor. Por ello toda insatisfacción de dicho interés constituye un supuesto de incumplimiento.

El concepto unitario del incumplimiento resulta novedoso si lo comparamos con los Ordenamientos nacionales de nuestro entorno. No

⁴⁰ PANTALEÓN PRIETO, F., insiste en que «la primera premisa de un Derecho del incumplimiento contractual congruente valorativamente y altamente eficiente es la previsión de una disciplina sustancialmente unitaria para toda desviación del programa contractual: de un conjunto de remedios o medios de tutela del acreedor sustancialmente común para los casos de imposibilidad de la prestación, sobrevenida u *originaria*, mora y cumplimiento defectuoso, incluyéndose en éste la evicción y las cargas o los vicios ocultos de la cosa vendida, los defectos de calidad o de cabida del inmueble vendido, y los llamados "vicios ruinógenos" en el contrato de obra», «Las nuevas bases...», *op. cit.*, p. 1720.

obstante, observamos que existen otros cuerpos normativos de carácter internacional, en los que la expresión falta de conformidad se emplea para hacer referencia a la inadecuación material de las mercancías, tanto de cantidad, calidad, clase, envase y embalaje, como de los posibles defectos que les pudiesen afectar. Así MORALES MORENO, indica que «la LUVI, en la misma línea de la CV, permite integrar todas las manifestaciones de la falta de conformidad, incluida la existencia de defectos en la cosa, dentro del incumplimiento contractual»⁴¹.

El artículo 35 de la CISG⁴², que bien puede considerarse el antecedente más semejante y próximo al *non-performance* de los PECL⁴³,

⁴¹ MORALES MORENO, A.M., «Comentario al artículo 35...», *op. cit.*, p. 289.

⁴² Los artículos 33 y 36 de la ULIS constituyen los antecedentes más próximos del artículo 35 de la CISG: «Artículo 33. 1. El vendedor no ha cumplido con su obligación de entregar las mercancías, cuando se ha entregado: (a) la parte de los bienes vendidos o mayor o una menor cantidad de la mercancía que el contrato para vender; (b) las mercancías que no son aquellas a las que se refiere el contrato o bienes de otro tipo; (c) los productos que carecen de las cualidades de una muestra o modelo que el vendedor ha entregado o enviado al comprador, a menos que el vendedor ha presentado sin ningún compromiso explícito o implícito de que los bienes se ajustan con la misma; (d) las mercancías que no poseen las cualidades necesarias para su normal o uso comercial; (e) las mercancías que no poseen las cualidades para algún propósito especial que expresa o implícitamente previstas en el contrato; (f) en general, bienes que no poseen las cualidades y características, expresa o implícitamente previstas en el contrato. 2. No se observaron diferencias en la cantidad, la falta de una parte de los productos o falta de calidad o característica se tendrán en cuenta en los casos que no es material. Artículo 36. El vendedor no se hace responsable de las consecuencias de cualquier falta de conformidad del tipo mencionado en el inciso d), e) y f) del apartado 1 del artículo 33, si en el momento de la celebración del contrato, el comprador sabía o no podía ignorar, dicha falta de conformidad».

⁴³ «Artículo 35: 1. El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato. 2. Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos: a) Que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo. b) Que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no sea razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor. c) Que posean las cualidades de la muestra o modelo que el vendedor haya presentado al comprador. d) Que estén envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías o, si no existe tal forma, de una forma adecuada para conservarlas y protegerlas. 3. El vendedor no será responsable, en virtud de los apartados a) a d) del párrafo precedente, de ninguna falta de conformidad de las mercaderías que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato».

regula cuándo se produce una falta de conformidad material de las mercaderías⁴⁴, pero no agota todas las manifestaciones del incumplimiento, y debe ser completado forzosamente con la falta de entrega de las mercaderías y de los documentos (artículos 31 a 34 de la CISG) y con la falta de entrega de las mercaderías libres de derechos o pretensiones de terceros (artículos 41 y 42 de la CISG)⁴⁵. De forma casi especular al artículo 35 de la CISG, el artículo 2 de la Directiva de consumidores⁴⁶ enumera, de modo positivo, los requisitos para que exista conformidad en las transacciones efectuadas con consumidores. Y posteriormente, en el párrafo primero del artículo 3, hace al vendedor responsable ante el consumidor de toda falta de conformidad de las

⁴⁴ La falta de conformidad material de las mercaderías de la CISG se asemeja a lo que en nuestro Derecho denominamos saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida (artículos 1484 a 1499 del CC).

⁴⁵ La falta de entrega de las mercaderías libre de derechos o pretensiones de terceros, o como los denomina MORALES MORENO «defectos jurídicos», «Comentario al artículo 35...», *op. cit.*, p. 288, se asemeja a lo que denominamos saneamiento en caso de evicción (arts. 1475 a 1483 CC).

⁴⁶ «Artículo 2: Conformidad con el contrato: 1. El vendedor estará obligado a entregar al consumidor un bien que sea conforme al contrato de compraventa. 2. Se presumirá que los bienes de consumo son conformes al contrato si: a) se ajustan a la descripción realizada por el vendedor y poseen las cualidades del bien que el vendedor haya presentado al consumidor en forma de muestra o modelo; b) son aptos para el uso especial requerido por el consumidor que éste haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato y éste haya admitido que el bien es apto para dicho uso; c) son aptos para los usos a que ordinariamente se destinen bienes del mismo tipo; d) presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado. 3. Se considerará que no existe falta de conformidad a efectos del presente artículo si en el momento de la celebración del contrato el consumidor tenía conocimiento de este defecto o no podía fundadamente ignorarlo, o si la falta de conformidad tiene su origen en materiales suministrados por el consumidor. 4. El vendedor no quedará obligado por las declaraciones públicas contempladas en la letra d) del apartado 2 si demuestra: - que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión, - que dicha declaración había sido corregida en el momento de la celebración del contrato, o -que dicha declaración no pudo influir en la decisión de comprar el bien de consumo. 5. La falta de conformidad que resulte de una incorrecta instalación del bien de consumo se presumirá equiparable a la falta de conformidad del bien cuando la instalación esté incluida en el contrato de compraventa del bien y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad. Esta disposición también será aplicable cuando se trate de un bien cuya instalación esté previsto que sea realizada por el consumidor, sea éste quien lo instale y la instalación defectuosa se deba a un error en las instrucciones de instalación».

cosas entregadas, integrando todas las manifestaciones de la no conformidad bajo el concepto de incumplimiento⁴⁷.

Aun existiendo algunas diferencias menores⁴⁸, en cuanto a la estructura o a la técnica empleada por los textos aludidos, lo que resulta incuestionable, es que el término *non-performance* empleado por los PECL, como continuador de la línea ya marcada por la ULIS y la CISG, posibilita no sólo la integración de todas y cada una de las manifestaciones de la falta de conformidad dentro del concepto de incumplimiento, sino también de todas las manifestaciones de la insatisfacción del interés del acreedor.

b) Una responsabilidad contractual objetiva

En nuestro Ordenamiento, y en los de nuestro entorno, ha sido tradicional, y aún hoy día existe un amplio sector doctrinal que lo sostiene, configurar la responsabilidad contractual bajo el imperio de la culpa⁴⁹. Para que

⁴⁷ «Artículo 3: Derechos del consumidor: 1. El vendedor responderá ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien».

⁴⁸ El artículo 33 de la ULIS, en la misma línea seguida posteriormente por el artículo 2 de la Directiva de consumo, asimila toda falta de conformidad a la falta de entrega. De forma que el vendedor incumple su obligación de entrega, ya sea entregando un objeto distinto al descrito en el contrato, ya sea entregando una cosa cuya calidad, cantidad o prestaciones no coincidan con las pactadas. Por contra, la CISG regula de forma separada la falta de entrega y la falta de conformidad, no otorgándoles una naturaleza equivalente. No obstante estas diferencias, como ya se ha dicho, acaban integrando todas las manifestaciones de la insatisfacción del acreedor bajo el concepto de incumplimiento del contrato.

⁴⁹ En el Derecho español, la doctrina tradicional caracteriza a nuestro sistema de responsabilidad contractual como subjetivo, partiendo del principio de que sin culpa no existe responsabilidad, y de la que son fiel reflejo, entre otros: ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones, Volumen primero. La obligación y el contrato en general*, 10ª ed., Bosch, Barcelona, 1997, p. 197; BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, pp. 247 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, 14 edición, Tomo III, (revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero), Reus, Madrid, 1986, p. 248 y PINTÓ RUIZ, J.J., «Voz indemnización de daños y perjuicios», en AA. VV., *Nueva Enciclopedia Jurídica*, (bajo la dirección de Carlos E. Mascareñas y continuada por Buenaventura Pellisé Prats), Tomo XII, ed. Francisco Seix, S.A., Barcelona, 1965, p. 290. CARRASCO PERERA, A. se posiciona entre los autores que sostienen la tesis subjetivista de la responsabilidad contractual, si bien

se le otorgue al acreedor una indemnización por los daños y perjuicios, los mismos tenían que derivar de un incumplimiento culpable, con lo que la culpa se concebía como un elemento del incumplimiento⁵⁰.

El modelo de responsabilidad contractual de la “Comisión Lando” se construye al margen de la culpa, y ello no es más que una de las consecuencias lógicas del concepto de obligación contractual adoptado. Además, del párrafo cuarto del artículo 1:301 se colige que la culpa no constituye un elemento del incumplimiento, porque en la definición que realiza del incumplimiento no se hace referencia a la necesidad de que la falta de cumplimiento sea culposo por parte del deudor. Cualquier defecto en el cumplimiento, en cualquiera de sus manifestaciones, será incumplimiento con independencia de cuál sea la causa que lo provoca y la conducta diligente, culposa o dolosa del deudor. Ello nos lleva, como se manifiesta en los propios PECL, a caracterizar su sistema como de responsabilidad contractual objetiva, que tiene su fundamento en el hecho mismo del incumplimiento, que por sí solo es presupuesto fundamental y desencadenante de los mecanismos de protección del crédito⁵¹. Como regla general, habrá incumplimiento cuando no

«advirtiendo...la escasa o nula entidad que en la aplicación práctica ha de tener el decantarse por uno u otro de los sistemas que, con carácter de unilateralidad, pretenden explicar “subjettiva” u “objetivamente” la responsabilidad del deudor», «Comentario a los artículos 1101 a 1107 del Código Civil», en AA. VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dirigido por Manuel Albaladejo), Tomo XV, Volumen 1º, Edersa, 1989, Madrid, pp. 381 y 382.

⁵⁰ En este sentido MORALES MORENO, A.M., ha indicado que «la culpabilidad se ha considerado como un elemento del supuesto del incumplimiento», *La Modernización del...*, op. cit., p. 32.

⁵¹ La caracterización del sistema de la responsabilidad contractual de los PECL como un sistema objetivo se pone de manifiesto de forma expresa en el propio texto de los principios al manifestar que «liability under the Principles is “strict” and it is not necessary to prove fault in order to prove non-performance», LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, op. cit., pp. xxxviii. En el mismo sentido, resaltando el carácter objetivo de la responsabilidad, se pronuncian, entre otros; Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., op. cit., pp. 317 a 318, para quienes «el sistema de responsabilidad contractual de los PECL podemos también caracterizarlo como un sistema objetivo, basado en el incumplimiento. Es cierto que admite en relación con algunos remedios (no todos) ciertas causas de exoneración previstas en el art. 8.108. Pero dichas causas no autorizan a construir el sistema de responsabilidad sobre el presupuesto de la culpa, ni ellas mismas pueden ser entendidas como casos de ausencia de culpabilidad del deudor incumplidor»; en fin, para VAQUER ALOY, A., «la culpa no aparece como presupuesto del deber de indemnizar los daños y perjuicios, (ni de los demás mecanismos de protección) con lo que adquiere tintes objetivos, pero sí que la excusa

se logre el resultado garantizado por el deudor y previsto en el contrato, con independencia de cuál haya sido la conducta del deudor. Lo anterior no debe llevarnos al error de considerar que toda falta de satisfacción del interés del acreedor constituye un incumplimiento. La responsabilidad contractual tiene sus límites, que como ya se ha indicado hemos preferido denominar causas de atenuación de responsabilidad, pero no se inspiran en la ausencia de culpa del deudor en el incumplimiento, sino en atención a la existencia de circunstancias o hechos que impiden el cumplimiento del contrato que no deben quedar englobados por la garantía del deudor, circunstancias que se encuentran fueran de la esfera de control del deudor. El hecho de que en el supuesto de incumplimiento justificado no se pueda acudir a todos los remedios establecidos en el artículo 8:101 (1) no supone una atenuación o quiebra del fundamento objetivo de la responsabilidad, sino una limitación de los medios de tutela a los que puede acudir la parte perjudicada. Dicha limitación encuentra su justificación en que la prestación no se pudo llevar a cabo debido a causas que se encontraban fuera de la esfera de control de la parte que debió realizarla, ya porque no se pudieron prever, ya porque, aun siendo previsibles, no pudieron ser superadas (artículo 8:108).

c) Un sistema unitario y armonizado de remedios ante el incumplimiento: el *ius variandi*

La última de las consecuencias básicas derivadas del concepto del vínculo obligatorio adoptado por los PECL, y que sin duda constituye uno de los pilares fundamentales de su sistema de responsabilidad contractual, es la articulación de un sistema unitario y armonizado de remedios para el caso del incumplimiento⁵². Los remedios son: la pretensión de cumplimiento, la

del incumplimiento lo excluye», «Incumplimiento...», *op. cit.*, p. 543. *Vid.*, también MORALES MORENO, A.M., *La Modernización del...*, *op. cit.*, pp. 32 a 35.

suspensión del cumplimiento, la resolución del contrato, la reducción del precio y los daños y perjuicios. Todos los remedios se encuentran regulados en el Capítulo 9, e integran el sistema de responsabilidad contractual de los PECL, por lo que se nos ofrece, en contraste con la dispersión existente en nuestro Código Civil, una regulación armonizada de los remedios no sólo en lo sustancial, sino también en lo estructural.

Su caracterización como unitario y armonizado, no es más que el corolario, o el resultado final de la suma de encontrarnos ante un concepto unitario del incumplimiento y de un sistema de responsabilidad objetiva.

Difícilmente se podrá predicar la unidad de un sistema de responsabilidad que, partiendo de la existencia de distintos tipos de incumplimiento, ofrece diferentes tipos de remedios ante los mismos. Además, al desterrarse la culpa como criterio de imputación, se agiliza el sistema, pues no se da la convivencia de un régimen general de responsabilidad por culpa y regímenes especiales de tintes objetivos, que genera entrecruzamiento y falta de seguridad en el tráfico.

Por último, el hecho de que los PECL ofrezcan un conjunto unitario y armonizado de medios de tutela al acreedor, dota al sistema de grandes dosis de eficacia y valoración, lo que, sin duda, beneficiará la futura aplicación como *soft law* de los principios por los particulares en sus negocios, la aplicación de sus artículos por los Tribunales domésticos para la resolución de conflictos, como ya ha ocurrido por los Tribunales españoles⁵³, y lo que tal vez sea más

⁵² Sobre el sistema unitario y armonizado de los PECL, *vid.*, por todos: DíEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 317 y MORALES MORENO, A.M., *La Modernización del...*, *op. cit.*, pp. 30 a 32.

⁵³ Entre las numerosas SSTs que desde el año 2006 hacen referencia en sus fundamentos de derecho a los PECL, además de las ya citadas de 4 de julio de 2006, ponente D^a. Encarnación Roca Trias (RJ 2006, 6080) y de 27 de septiembre de 2006, ponente D^a. Encarnación Roca Trias (RJ 2006, 8631), la de 24 de noviembre de 2008, ponente D^a. Encarnación Roca Trias (RJ 2008, 6061), en relación al principio básico establecido en el artículo 8:107 de los PECL, sobre la no exoneración de responsabilidad cuando el cumplimiento se ha confiado a un tercero: «Estando atribuida la responsabilidad relativa a la

determinante, la adecuación a los mismos de los códigos o las normativas nacionales.

seguridad a Metro de Madrid, ésta no puede exonerarse por el simple hecho de la contratación de una empresa de seguridad, puesto que la responsable del incumplimiento frente al usuario es quien presta el servicio de transporte. En cierto sentido, la jurisprudencia de esta Sala ha venido aplicando esta regla en aquellos casos en que el cumplimiento de la obligación frente al contratante ha sido confiada a un tercero por quien debe cumplir el contrato, de modo que esto no elimina la responsabilidad, porque deben cumplirse ciertos deberes de diligencia y cuidado que no quedan excluidos por el hecho de confiar la ejecución del contrato a terceros. En definitiva, existe un nivel general de diligencia, que se proyecta en la elección del contratista, pudiendo surgir esta obligación bien por una culpa in eligendo, o por una incorrecta supervisión. Existe lo que la doctrina denomina “deberes no delegables”, entre los que se encuentra el deber de diligencia en la elección del contratista, cuyo incumplimiento originará la obligación de indemnizar...Esta regla está incluida en los Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil –considero que en realidad se está refiriendo a los PECL–, cuando en el art. 8.107 se dice que “la parte que confíe el cumplimiento del contrato a un tercero, sigue siendo responsable del cumplimiento”...». Especialmente interesante, en relación a cuándo un incumplimiento es esencial y por tanto se aplica lo establecido en el artículo 1124 del CC, resulta la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2009, ponente D^a. Encarnación Roca Trias (RJ 2009,525): «Ante un incumplimiento de este tipo, la jurisprudencia ha venido entendiendo, si bien no de una forma lineal, que los incumplimientos esenciales o sustanciales permiten la resolución del contrato o exigir el cumplimiento (art. 1124.2 CC). Aunque una tendencia jurisprudencial haya exigido lo que se ha calificado como “voluntad deliberadamente rebelde del deudor”, sentencias recientes han introducido criterios más matizados para determinar cuándo se produce un caso de incumpliendo, por el hecho de la frustración del fin del contrato, “sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando [...] que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte”...Modernamente, los textos internacionales relativos a obligaciones y contratos han recogido una línea, fundada en el derecho inglés, que se resume diciendo que una parte podrá dar por terminado el contrato si la falta de la otra parte al cumplir una de las obligaciones contractuales constituye un incumplimiento esencial (art. 7.3.1. de los Principios sobre los Contratos Comerciales internacionales, UNIDROIT), y se considera que es esencial si priva a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar como consecuencia del contrato, o bien “si otorga a la parte perjudicada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento efectivo de la otra”. Este principio se repite en el art. 8.101 de los Principios del Derecho europeo de los contratos (PECL), que en el art. 8.103 recoge los supuestos del incumplimiento esencial, entre los cuales se encuentran los casos en los que la estricta observancia de la obligación forma parte de la esencia del contrato, o bien si el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato». Sobre el deber de indemnizar el lucro cesante, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009, ponente D^a Encarnación Roca Trias (RJ 2010,859): «Según el Art. 1106 CC, este lucro cesante debe acordarse cuando se haya dejado de obtener una ganancia por parte del acreedor y aunque es cierto que la jurisprudencia española ha sido restrictiva al señalar que no debe concederse indemnización en los casos de ganancias dudosas, sí se ha reconocido que aplicando criterios de probabilidad, debe indemnizarse aquella “pérdida futura que razonablemente se prevea que puede ocurrir (artículo 9;501 (2), criterio aplicado en la reciente doctrina de esta con relación a las reclamaciones por lucro cesante».

El artículo 8:102⁵⁴ titulado «*Acumulación de medios de tutela*» [artículo 3:102 del DCFR]⁵⁵ ofrece a la parte perjudicada la posibilidad de acumular diversos medios de tutela, siempre y cuando no sean incompatibles entre sí⁵⁶.

⁵⁴ «Artículo 8:102: *Acumulación de medios de tutela. Los medios que no sean incompatibles pueden acumularse. En particular, las partes no pierden su derecho a la indemnización por daños y perjuicios en caso de haber utilizado cualquier otra vía a la que tengan derecho*».

⁵⁵ Por lo que respecta a la compatibilidad de la indemnización de daños y perjuicios con el resto de remedios, el artículo 8:102 se ha redactado sobre el modelo del párrafo 2 de los artículos 45 y 61 de la CISG: «2) *El comprador no perderá el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho*» y «2) *El vendedor no perderá el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho*», respectivamente. También ha sido el criterio general adoptado en los artículos 7.3.5 (2): «(2) *La resolución no excluye el derecho a reclamar una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento*» y 7.4.1 de los PICC: «*Cualquier incumplimiento otorga a la parte perjudicada derecho al resarcimiento, bien exclusivamente o en concurrencia con otros remedios, salvo que el incumplimiento sea excusable conforme a estos Principios*». La Propuesta adolece de un precepto general similar al 8:102, pero sí se hace referencia a la compatibilidad de la indemnización de los daños y perjuicios con todos los demás medios de tutela en los artículos 1190: «*En caso de incumplimiento podrá el acreedor, conforme a lo dispuesto en este Capítulo, exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y, en cualquiera de estos supuestos, podrá además exigir la indemnización de los daños y perjuicios producidos*» y 1205: «*El acreedor tiene derecho a ser resarcido de los daños y perjuicios que el incumplimiento le cause. Este derecho es compatible con las demás acciones que la ley le reconoce en caso de incumplimiento*». La misma solución es la adoptada en el CEC, donde la acumulación de los remedios sólo se contempla para la indemnización de los daños y perjuicios. En su artículo 116 se establece que: «1. *Sin perjuicio de lo prevenido en los artículos precedentes, en caso de incumplimiento, cualquiera que sea su gravedad, el acreedor tiene el derecho de obtener del deudor indemnización de los perjuicios sufridos, tal y como lo prevén los artículos 162 y siguientes. 2. El ejercicio de este derecho puede ser acumulado con los que se hallan previstos en las reglas precedentes y como se establece en las contenidas en el artículo 171*».

⁵⁶ En nuestro CC, si bien no existe un artículo similar al 8:102 de los PECL, que de forma general faculte al perjudicado para ejercitar acumuladamente los medios de protección que no sean incompatibles, sí existen artículos dispersos donde se permite la acumulación. Así ocurre, por ejemplo con los artículos 1096: «*Cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada, el acreedor, independientemente del derecho que le otorga el artículo 1101, puede compeler al deudor a que realice la entrega*» y 1124: «*La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible*». Así lo reconoce para el Derecho italiano VENEZIANO, A., al afirmar que «the issue of cumulation of remedies is expressly addressed, with regard to contracts with mutual counter-performance, in Art. 1453 c.c. Its para. 1 offers the aggrieved party the choice between specific performance and termination, and at the same time states that compensation for damages can always be demanded as an addition to the chosen remedy. Thus, a substantial incompatibility between specific performance and termination is implied,

Después de establecer el principio general de *cumulation of remedies*⁵⁷, especifica que acudir al remedio de la indemnización de daños y perjuicios no implica privar al perjudicado de usar cualquier otro remedio. Ello significa que, producido el incumplimiento, la parte perjudicada goza de la máxima libertad posible para elegir el remedio que mejor se adecue a las necesidades del incumplimiento sufrido, con la limitación ya expuesta para el caso del incumplimiento justificado y para el no esencial, y ello sin que el uso de un remedio imposibilite al perjudicado para el ejercicio posterior o simultáneo de otro. La única limitación a esta facultad cumulativa del perjudicado viene impuesta por la propia naturaleza de los remedios a acumular. Así, no podrá acumularse, por ejemplo, la pretensión de cumplimiento y la resolución; pero, en cambio, sí sería admisible ejercer primero la pretensión de cumplimiento y, una vez constatada la ineficacia de este remedio, optar por la resolución del contrato⁵⁸.

La parte final del artículo 8:102 hace hincapié en la plena compatibilidad de la indemnización de daños con cualquier otro remedio, pero debe resaltarse que, en algunos supuestos, el ejercicio cumulativo de la indemnización con cualquier otro remedio puede tener repercusión en el monto en el que consistiría la cuantía de la indemnización. Piénsese en el supuesto de que un fabricante pacte con el propietario de un negocio la entrega de una cantidad de

while damages are considered to be consistent with either of the two main remedies (for the latter compatibility see also Arts. 1494 (1) C.C. on sales and 1668 (1) on work contracts). Reduction of price is mentioned in the specific rules on warranty for the defects of the things sold as an alternative to termination (Art. 1492 C.C.) and on warranty for the defects of the work in work contracts as an alternative to cure of defects by the contractor and –implicitly- to termination (Art. 1668 C.C.)», «Commentary Arts. 8:101...», *op. cit.*, p. 363.

⁵⁷ «*Remedies which are not incompatible are cumulative. A party which is entitled to withhold its performance and to terminate the contract may first withhold and then terminate. A party which pursues a remedy other than damages is not precluded from claiming damages. A party which terminates the contract may, for instance, also claim damages*», LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, pp. 362 y 363.

⁵⁸ En relación a la acumulación o compatibilidad de los medios de tutela, *vid.*, entre otros: Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 324 a 326; LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, pp. 362 a 364; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho...», *op. cit.*, p. 84; VAQUER ALOY, A., «Incumplimiento del...», *op. cit.*, p. 539; ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 139.

productos de una especial calidad y, llegado el momento de la entrega de la mercancía, ésta resulte de una calidad inferior a la que se había pactado y en atención a la cual se había fijado el precio. El comerciante perjudicado podrá ejercitar el remedio de la reducción del precio pactado y simultáneamente el de la reclamación de la indemnización de daños y perjuicios, pero en el cálculo del monto de la indemnización no podrá incluir el daño emergente derivado de la menor calidad de la mercancía entregada, puesto que dicho perjuicio ya se encontraría compensado con la disminución del precio.

Junto a la cuestión de la acumulación de remedios compatibles, la diversidad de remedios de que puede disponer la parte perjudicada, plantea la posibilidad del ejercicio del *ius variandi*, es decir, de que la parte perjudicada que opta por ejercitar un remedio, pueda posteriormente ejercitar otro, incluso incompatible con el anterior, que considere que satisface mejor sus necesidades o que puede tener el éxito que el anterior no obtuvo. El artículo 8:102 de los PECL⁵⁹ guarda silencio respecto a la posibilidad de mutar un remedio por otro, pero su Comentario sí hace referencia al *ius variandi*, admitiéndolo con limitaciones⁶⁰.

En el Comentario del artículo 8:102 no se prohíbe a la parte perjudicada por el incumplimiento que haya optado por un remedio elegir otro en un momento posterior. Sirva como botón de muestra: *«if, after having claimed specific performance, it learns that the defaulting party has not performed or is not likely to do so within a reasonable time, the aggrieved party may terminate*

⁵⁹ El ejercicio del *ius variandi* se recoge específicamente en el artículo 7.2.5 de los PICC: *«(1) La parte perjudicada que ha reclamado el cumplimiento de una obligación no dineraria y no lo ha obtenido dentro del plazo fijado o, en su defecto, dentro de un plazo razonable, podrá recurrir a cualquier otro remedio. (2) En caso de no ser factible la ejecución de un mandato judicial que ordene el cumplimiento de una obligación no dineraria, la parte perjudicada podrá recurrir a cualquier otro remedio»*.

⁶⁰ Así lo reconocen, LANDO, O., BEALE, H., al indicar que *«however, Article 8:102 does not preclude an aggrieved party which has elected one remedy from shifting to another later, even though the later remedy is incompatible with the first elected»*, *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. 363.

the contract»⁶¹. La posibilidad de ejercitar el *ius variandi* es propia de la pretensión de cumplimiento. Con el cambio de remedio, de la pretensión de cumplimiento, se pretende desbloquear la situación en la que podría encontrarse el perjudicado que ejercita el derecho a obtener el cumplimiento, especialmente en las obligaciones no dinerarias, y padece las dificultades que dicha ejecución conlleva, ampliadas cuando nos encontramos en el campo de la contratación transfronteriza. De no poder cambiar de remedio, la parte perjudicada que solicita el cumplimiento y no lo obtiene se encontraría en una situación injusta⁶².

No obstante lo anterior, el ejercicio del *ius variandi* no es ilimitado. También puede ocurrir que la parte perjudicada ejercite un remedio, o manifieste su intención de hacerlo, y ello condicione la actuación posterior del incumplidor. Si, por ejemplo, un fabricante de zapatos celebra un contrato con el dueño de una zapatería para la entrega en una fecha determinada de 100 pares de zapatos, y llegado el día de la entrega, la misma no se efectúa, y el acreedor de los zapatos manifiesta su intención de resolver el contrato, no podrá un mes más tarde de dicho anuncio ejercitar la pretensión de cumplimiento, porque podría darse el caso de que el fabricante, que terminó la fabricación de los 100 pares de zapatos cinco días más tarde de lo acordado, haya vendido los zapatos a otro comprador, en atención a la primitiva intención del primer comprador de resolver el contrato⁶³. Las limitaciones al *ius variandi*

⁶¹ LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. 363.

⁶² Así lo reconocen DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., al afirmar que «el que el acreedor haya reclamado el cumplimiento específico no le impide, posteriormente, modificar su pretensión inicial, si la misma no llega a ser atendida en tiempo y forma razonable» *op. cit.*, p. 325. En el mismo sentido, PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho...», *op. cit.*, pp. 84 a 85.

⁶³ En este sentido, VENEZIANO, A., indica que «as a general rule, the Comment (see limb C) allows a party to change, except when the aggrieved party's declaration of intention has caused the other party to act in reliance on it. Thus, while in principle a party claiming specific performance may shift to termination if he/she learns that the other party is not likely to perform within a reasonable time, he/she may be barred from doing so if the defaulting party has acted in reliance on the claim for specific performance, because he/she has received notice fixing an additional time for performance. At the same time, notice of termination may have caused the

no son más que concreciones del artículo 1:201 de los PECL relativo al principio general de la buena fe y la lealtad en las transacciones.

1.3. Los mecanismos de protección en el caso de incumplimiento: sus límites

El artículo 8:101 intitulado «*Medios de protección del crédito*»⁶⁴, que constituye el pilar normativo básico sobre el que se sustenta y del que deriva todo el sistema de responsabilidad contractual de los PECL⁶⁵, establece los presupuestos que en líneas generales deben concurrir para que la parte perjudicada pueda acudir a los diversos medios de defensa de su derecho de crédito lesionado⁶⁶.

other party to rely on the exercise of such a remedy and thereby preclude a chance to specific performance. According to the Comment this follows from the general principle of fair dealing», «Commentary Arts. 8:101...», *op. cit.*, p. 362.

⁶⁴ «*Artículo 8:101: Medios de protección del crédito. (1) Siempre que una parte no cumpla con alguna de las obligaciones derivadas del contrato y el incumplimiento no pueda justificarse con arreglo al artículo 8:108, el perjudicado puede recurrir a cualquiera de los medios dispuestos en el capítulo 9. (2) Cuando el incumplimiento de una de las partes pueda justificarse con arreglo al artículo 8:108, el perjudicado puede recurrir a cualquiera de los medios dispuestos en el capítulo 9, excepto la pretensión de cumplimiento y la indemnización por daños y perjuicios. (3) La parte no puede recurrir a los medios dispuestos en el capítulo 9 en la medida en que haya provocado el incumplimiento de la otra parte*».

⁶⁵ El antecedente más próximo al art. 8:101 de los PECL, se halla en los arts 45 y 61 de la CISG. El art. 45 constituye la base legal de la responsabilidad contractual del vendedor. De forma que ante el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le corresponden en virtud del contrato o del articulado de la CISG, el comprador lesionado podrá ejercitar la pretensión de cumplimiento (art. 46), resolver el contrato (art. 49), reducir el precio (art. 50), y también exigir la indemnización de los daños y perjuicios (conforme a los arts. 74 a 77). De forma similar, en los arts. 61 al 65, se regula la responsabilidad contractual cuando el que incumple es el comprador.

⁶⁶ La influencia del art. 8:101 de los PECL se pone de manifiesto, como ya se ha afirmado, en la redacción de los arts. 1188, 1190 y 1191 de la PMCC. De forma que ante la falta de realización de la prestación principal o de las accesorias derivadas de un contrato, el acreedor podrá, salvo que él haya sido el causante de las mismas, exigir el cumplimiento, reducir el precio y suspender el cumplimiento, además de ejercitar la indemnización de daños y perjuicios.

Se divide dicho precepto en tres párrafos, donde se enumeran los remedios disponibles en función de que el incumplimiento sea inexcusable (*non-performance which is not excused*), excusable (*non-performance which is excused*), o que derive de la propia conducta de la parte que lo sufre (*non-performance wholly or partially caused by the creditor*)⁶⁷.

El párrafo primero del artículo 8:101 establece la que puede denominarse regla general de los remedios disponibles para la protección del crédito lesionado: *«siempre que una parte no cumpla con alguna de las obligaciones derivadas del contrato y el incumplimiento no pueda justificarse con arreglo al artículo 8:108, el perjudicado puede recurrir a cualquiera de los medios dispuestos en el capítulo 9»*.

El párrafo segundo del mismo precepto se refiere a la excepción relativa o limitación parcial de los medios de protección del crédito, pues previene que: *«cuando el incumplimiento de una de las partes pueda justificarse con arreglo al artículo 8:108, el perjudicado puede recurrir a cualquiera de los medios dispuestos en el capítulo 9, excepto la pretensión de cumplimiento y la indemnización por daños y perjuicios»*⁶⁸.

⁶⁷ «The remedies available for non-performance depend on whether the non-performance is excused or not, see article 8:101 of PECL. In cases where the non-performance is not excuse, the aggrieved party is entitled to claim specific performance, to claim damages, to withhold its own performance, to reduce it or to terminate the contract. If the non-performance is excused, the aggrieved party does not have the right to claim damages and to require specific performance. However, the other remedies mentioned above may be available. Non-performance is excused if the defaulting party proves that it is due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably have been expected to take such impediment into account at the time of the conclusion of the contract to have avoided or overcome the impediment or its consequences (see art. 8:108 (1) of the PECL», LANDO, O., «The Structure and...», *op. cit.*, p. 11. Por su parte, PALAZÓN GARRIDO, M.L., se refiere al incumplimiento, injustificado y justificado, empleando las expresiones, todavía tributarias de la tradicional concepción culpabilística de la responsabilidad, «incumplimiento imputable» e «incumplimiento no imputable» respectivamente, «Importancia de la...», *op. cit.*, p. 302.

⁶⁸ «Several legal systems use the concept of non-performance both for the excused and the non-excused non-performance. This is true of *kontraktsbrott* and *misligholdelse* in NORDIC (or *sopimusrikkomus* in FINNISH law, of *tekortkoming* in DUTCH and BELGIAN law and of breach under CISG, see art. 45. Remedies such as termination and price reduction are available to the creditor in both situations. Thus a performance prevented by *force majeure* is treated as a non-performance. Some laws follow another system. In the COMMON LAW breach

Y, por último, el párrafo tercero regula la que puede denominarse excepción absoluta o limitación total de los remedios disponibles para la protección del crédito: «*la parte no puede recurrir a los medios dispuestos en el capítulo 9 en la medida en que haya provocado el incumplimiento de la otra parte*»⁶⁹.

Del párrafo primero del artículo 8:101 se extrae que, una vez producido el incumplimiento, el perjudicado tiene derecho a acudir a cualquiera de los medios de tutela dispuestos en los PECL. Ahora bien, dicho incumplimiento deberá ser inexcusable conforme al artículo 8:108 «*Exoneración por imposibilidad en el cumplimiento*». Si el incumplimiento es inexcusable, la parte perjudicada puede elegir entre exigir el cumplimiento (*right to performance*), suspenderlo hasta que la otra parte cumpla (*withholding performance*), resolver el contrato (*termination of the contract*), reducir el precio a pagar a la parte

of contract only occurs when the aggrieved party has a right to damages for non-performance, i.e. in the case of a non-excused non-performance. Under the Common Law, however, contract liability is strict liability, and will occur in most cases of non-performance. In the rarer case where the failure to perform is excused, the aggrieved party's remedies will be circumscribed. The most obvious case is if the contract has been discharged by frustration, when the remedies will be of a generally restitutionary...For certain obligations some CIVIL LAW systems will grant remedies for non-performance only if the non-performance was "imputable" to the obligor, and this frequently requires that he has committed a fault. Thus in BELGIAN, DUTCH, FRENCH AND LUXEMBOURG law there is non-performance of an "*inspanningsverbintenis*" or "*obligation de moyens*" only if there has been fault. The creditor must prove that the debtor did not act with the care which he had undertaken to exercise. However, in case of an "*resultaatsverbintenis*" or "*obligation de résultat*", the creditor must only prove that the result which the debtor undertook to provide has not been achieved. In either case the debtor is excused by *force majeure* which extinguishes the obligation. SPANISH law has developed on similar lines», LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, op. cit., pp. 361 y 362.

⁶⁹ «There is agreement among the legal systems that a non-performance which is due solely to the other party's wrongful prevention does not give the latter any remedy. In most of the systems the party who has prevented performance will himself be the non-performing party against whom the remedies may be exercised. However, in BELGIAN, DUTCH, GERMAN, GREEK and NORDIC law it is not generally considered to be a *tekortkoming*, *Vertragsverletzung* or *Kontraktsbrott* to prevent performance by the other party. It will depend upon whether the acceptance of the performance is a main obligation (*Hauptpflicht*) of the creditor», LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, op. cit., p. 362.

incumplidora (*price reduction*) y exigir la indemnización de daños y perjuicios (*damages and interest*)⁷⁰.

Puestos en conexión los párrafos segundo y tercero del artículo 8:101, configuran lo que podrían denominarse exclusiones o restricciones normativas a los remedios de que dispone la parte perjudicada frente al incumplimiento, y que serán objeto de estudio en los Capítulos III y V de este trabajo, respectivamente. En contraposición a tales restricciones, las limitaciones libremente pactadas por las partes configurarían las cláusulas convencionales de exclusión o restricción de los referidos remedios (artículos 8:109⁷¹ y 4:110⁷²).

El artículo 8:101 pone de manifiesto cómo el *non performance* constituye el presupuesto-eje sobre el que gira todo el sistema de responsabilidad contractual. Para que entre en juego el mecanismo protector de tal responsabilidad, en el sentido *lato* adoptado por los PECL, debe producirse un incumplimiento en cualquiera de las manifestaciones indicadas. De que sea justificado, injustificado o imputable en todo o en parte al perjudicado, va a depender la amplitud y extensión del abanico de remedios de los que podrá disponer el acreedor. Que el incumplimiento sea excusable, es decir, que

⁷⁰ Sobre los remedios disponibles cuando el incumplimiento es injustificado, entre otros: DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 326 a 327; LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, pp. 359 a 360; ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 125.

⁷¹ «Artículo 8:109: Cláusulas de exclusión o de limitación de los medios de protección. Los medios de protección del crédito en caso de incumplimiento pueden excluirse o limitarse, salvo que alegar dicha exclusión o limitación fuera contrario a la buena fe».

⁷² «Artículo 4:110: Cláusulas abusivas no negociadas individualmente. (1) Una cláusula que no se haya negociado de manera individual y que cause, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato, puede anularse por la parte afectada, atendidas la naturaleza de la prestación debida, los demás términos del contrato y las circunstancias del momento en que se celebró el mismo. (2) Este artículo no se aplica: (a) A una cláusula que concrete el objeto principal del contrato, siempre que tal cláusula esté redactada de manera clara y comprensible. (b) A la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte».

concurran causas de exoneración, no conlleva la exclusión de la existencia del incumplimiento, sino únicamente la limitación de sus efectos.

Por último, se debe hacer referencia a la limitación convencional de los medios de tutela. El artículo 8:109 «*Cláusulas de exclusión o de limitación de los medios de protección*»⁷³, que pone fin al Capítulo 8, es una manifestación del principio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes⁷⁴. Las partes gozan de una amplia libertad en orden a la limitación o exclusión de los medios de protección disponibles ante el incumplimiento del contrato. Esta facultad no es absoluta, ya que encuentra sus límites en el principio de la buena fe que impregna toda la regulación contenida en los PECL y en el artículo 4:110⁷⁵, dependiendo de si las cláusulas han sido negociadas individualmente o no, por lo que los PECL establecen dos niveles de control de las cláusulas limitadoras o restrictivas.

⁷³ «Artículo 8:109: *Cláusulas de exclusión o de limitación de los medios de protección. Los medios de protección del crédito en caso de incumplimiento pueden excluirse o limitarse, salvo que alegar dicha exclusión o limitación fuera contrario a la buena fe*».

⁷⁴ Sobre la facultad de las partes para pactar cláusulas de exclusión o limitación de los remedios disponibles ante el incumplimiento del contrato, *vid.*, entre otros: Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 330 y 331; LANDO, O., «El derecho contractual...», *cit.*, pp. 14 y 15 y LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, pp. 385 a 390.

⁷⁵ «Artículo 4:110: *Cláusulas abusivas no negociadas individualmente. (1) Una cláusula que no se haya negociado de manera individual y que cause, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato, puede anularse por la parte afectada, atendidas la naturaleza de la prestación debida, los demás términos del contrato y las circunstancias del momento en que se celebró el mismo. (2) Este artículo no se aplica: (a) A una cláusula que concrete el objeto principal del contrato, siempre que tal cláusula esté redactada de manera clara y comprensible. (b) A la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte*».

2. LA POSICIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS Y DE LA PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO DENTRO DE LOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

2.1. Introducción: *pacta sunt servanda* versus *efficient beach*

Entre los objetivos que persigue la elaboración de los PECL, se encuentra la de construir un puente entre los sistemas jurídicos de *Civil Law* y de *Common Law*. Si bien las diferencias no son insalvables en la práctica, el profesor LANDO destaca principalmente tres: el papel del principio general de buena fe; la fuerza de las cláusulas penales; y el carácter principal o subsidiario del remedio de la pretensión de cumplimiento, o *specific performance* en la terminología del *Common Law*⁷⁶.

En el panorama europeo, por lo que respecta a la tercera diferencia indicada, ante el incumplimiento del contrato, coexisten dos sistemas opuestos, por lo menos en teoría⁷⁷. De un lado, los países de *Civil Law*, salvo algunas

⁷⁶ LANDO, O., BEALE, H., señalan que «one of the most intractable problems of European legal integration is the reconciliation of the civil law and the common law families. It is, of course, true that there are significant differences even between one civil law system and another; it is also true that in many cases common problems will be solved in much the same way by the various legal system, to whichever legal family they may belong. But there remain major differences between civil law and common law systems in relation to legal structure and reasoning, terminology, fundamental concepts and classifications and legal policy. Two examples from the field covered by the Principles suffice to make the point. The first is that in civil law systems there is no such general principle. They have a requirement of good faith only in limited situations and have a series of specific rules achieving some of the same results as might be required by good faith but without referring to that concept. The second is that the civil law considers it legitimate for a contract to contain penalty clauses designed to deter a party from breaking the contract; the common law regards the imposition of penalties (as opposed to liquidated damages by way of compensation for anticipated loss) as improper and unenforceable. Differences of these kinds are inimical to the efficient functioning of the Single European Market. One of the major benefits offered by the Principles is to provide a bridge between the civil law and the common law by providing rules designed to reconcile their differing legal philosophies», *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, pp. xxii y xxiii.

excepciones, admiten con carácter general la pretensión de cumplimiento o cumplimiento *in natura*, otorgándose prioridad a la tutela satisfactoria. De otro lado, los países de *Common Law* admiten con carácter general la indemnización de los daños y perjuicios, concediendo prioridad a la tutela resarcitoria⁷⁸, y sólo en determinados supuestos en los que dicho remedio se manifiesta inadecuado, aplican el *specific performance*⁷⁹. Se observa que el

⁷⁷ TREITEL, G.H., sostiene que «the leading distinction between the systems so far discussed is between CIVIL LAW systems which in principle recognize specific enforcement, and COMMON LAW systems which regard the specific enforcement of obligations other than money debts as exceptional and discretionary. In practice the gap between the two approaches is not as great as might appear. On the one hand specific enforceability in CIVIL LAW countries is subject to important exceptions; in particular, most of them observe the principle that obligations to render personal services cannot, in the last resort, be specifically enforced; orders for enforced performance of other obligations are sometimes more difficult to enforce than in COMMON LAW countries; and, perhaps most important of all, an aggrieved contracting party will often prefer to claim compensation in money, as that is generally a quicker and to that extent a better remedy. On the other hand, some of the restrictions on specific performance are beginning to disappear in COMMON LAW countries, as their historical foundations are eroded. That is not to say that there are no differences at all between CIVIL and COMMON LAW systems, but they are less considerable than the starting theories of the two approaches might suggest», *Remedies for Breach of Contracts. A Comparative Account*, Clarendon Press, 2ª ed., Oxford, 1989, p. 71. En el mismo sentido LANDO, O., BEALE, H., que «the basic differences between common law and civil law are of theoretical rather than practical importance. Even in civil law countries an aggrieved party will pursue an action for performance, in general, only if he has a special interest in performance which would not be satisfied by damages», *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, pp. 393, 399 a 402.

⁷⁸ VERDERA SERVER, R., define la tutela satisfactoria, como la que tiene por objetivo «que el titular de un derecho consiga precisamente las mismas utilidades derivadas de la ley o del contrato, y no unas utilidades equivalentes», y la tutela resarcitoria, como la que otorga «al titular de un derecho no esas mismas utilidades, sino unas utilidades equivalentes (sea a la prestación, sea al daño producido, en función de la posición que se mantenga): no la utilidad *in natura*, sino sólo un equivalente monetario», *El Cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1995, p. 45.

⁷⁹ Sobre la diferente admisión de la pretensión de cumplimiento y la indemnización de los daños contractuales en el *Common Law* y en el *Civil Law*, *vid.*, entre otros: DíEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 125 y 126; DORAL GARCÍA, J.A., «Reparación y sanción. El cumplimiento de las obligaciones en forma específica», *Anuario de Derecho Civil*, 1993, pp. 593 y 594; HONNOLD, J.O., *Uniform Law For International Sales*, Third Edition, Kluwer Law International, 1999, pp. 225 a 228; ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, pp. 201 y 202; LANDO, O., «El derecho contractual...», *op. cit.*, pp. 11 y 12 y «Commentary Art. 28», en AA. VV., *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention*, (By C.M. Bianca y M.J. Bonell, coord. by M.J. Bonell), Giufre, Milan, 1987, p. 232; notas a los artículos 9:101 y 9:102 en LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, pp. 393, 399 a 402; MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 460; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho...», *op. cit.*, p. 80 y «Importancia de la...», *op. cit.*, pp. 303 y 304; SACCO, R.,

remedio que constituye la regla general en un sistema, es la excepción en el otro y a la inversa. LANDO ha indicado que «in principle, the Civil Law systems consider the normal remedy for non-performance to be a claim for performance in natura (broadly speaking, specific performance or the recovery of money due). However, other remedies such as termination and damages are available at the option of the aggrieved party or when performance in natura cannot be obtained. The Common Law considers damages and termination as the normal remedies and specific performance as exceptional»⁸⁰.

En el fondo, el debate que subyace sobre la elección de la posición que han de ocupar el cumplimiento específico y la indemnización de daños dentro del complejo sistema de remedios ante el incumplimiento, debe centrarse en la concepción misma del contrato. En la doctrina histórica del *Common Law*, HOLMES⁸¹ sostiene la tesis de que los contratos obligan a cumplir lo pactado voluntariamente o a pagar los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento; por lo que se deja a elección de la parte deudora el cumplir o no el contrato. Dicha tesis se contrapone al tradicional principio *pacta sunt servanda*, en virtud del cual debe garantizarse por todos los medios que el contrato sea cumplido puntualmente en todos sus términos, lo que conlleva el más estricto respeto a la voluntad declarada por las partes al celebrar el contrato. La concepción del contrato de HOLMES es puramente económica, y

«Concordanze e contraddizioni in tema di inadempimento contrattuale (una veduta d'insieme)», *Europa e diritto privato*, 1/2001, pp. 135 a 144; SAN JUAN CRUCELAEGUI, J., *Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 221; TALLON, D., «Les dommages-intérêts dans les Principes Unidroit relatifs aux contrats du comerce international», en AA. VV., *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit*, (a cura di Michael J. Bonell e di Franco Bonelli), Giuffrè Editore, Milano, 1997, pp. 299 y 300; TREITEL, G.H., *Remedies for Breach...*, *op. cit.*, pp. 44 y 45; VERDERA SERVER, R., *El Cumplimiento forzoso...*, *op. cit.*, pp. 117 a 134; ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 126 y 127; ZWEIGERT, K., KÖTZ, H., *An Introduction to Comparative Law*, translated from the German by Tony Weir, Third Revised Edition, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 471 a 485.

⁸⁰ LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. xxxix.

⁸¹ HOLMES, O.W., *The Common Law*, Little, Brown and Company, Thirty-Seventh Printing, Boston, 1945, pp. 300 a 303.

por el contrario, el principio *pacta sunt servanda* pone el énfasis en la concepción moral del mismo⁸².

El planteamiento de HOLMES ha generado una importante influencia en la construcción del sistema de remedios en los países seguidores del *Common Law*, allanando el terreno a los teóricos del análisis económico del derecho y haciendo tambalear el tradicional principio *pacta sunt servanda* en beneficio de la denominada teoría del incumplimiento efectivo o *efficient breach*⁸³. Postula esta última teoría que un contratante puede incumplir el contrato ante la aparición de una oferta mejor de un tercero que le permita, de un lado, indemnizar el daño que produzca el incumplimiento a la persona con la que originariamente contrató, y de otro, obtener un margen de beneficio para sí. Desde el prisma de la teoría del incumplimiento efectivo, indica VERDERA SERVER que «los remedios ante el incumplimiento contractual son valorados en función de su eficiencia, de su idoneidad para permitir la mejor asignación de los recursos escasos. De este modo, importa poco que la palabra dada se convierta en algo inútil, si su vulneración provoca una situación de superioridad respecto a la que se hubiera producido si el contrato hubiera sido ejecutado normalmente»⁸⁴.

⁸² Sobre la distinción entre la concepción económica y moral de los contratos señala TALLON, D., que «car c'est la conception même du contrat qui est en cause. D'un côté, celle qui a été proposée par HOLMES dans une formule quelque peu exagérée: le contrat oblige à s'exécuter volontairement ou à payer des dommages-intérêt. De l'autre, le respect de la parole donnée doit être assuré par tous moyens: Pacta sunt servanda. Et si l'exécution en nature ne peut être obtenue, l'exécution a lieu "par équivalent"», «Les dommages-intérêts...», *op. cit.*, p. 300. Vid. también VERDERA SERVER, R., *El Cumplimiento forzoso...*, *op. cit.*, 48 y 49.

⁸³ Sobre los postulados de los denominados teóricos del análisis económico del derecho, *vid.*, entre otros: MERCADO PACHECO, P., *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994; PAZ-ARES, C., «La economía política como jurisprudencia racional (Aproximación a la teoría económica del derecho)», *Anuario de Derecho Civil*, 1981, pp. 601 a 777; TORRES LÓPEZ, J., *Análisis económico del derecho. Panorama doctrinal*, Tecnos, Madrid, 1987; y sobre la teoría del incumplimiento eficiente, CONSENTINO, F., «Efficienza economica dell'inadempimento e diritto delle obbligazioni: una verifica delle norme sull'inadempimento del contratto», *Quadrimestre, Rivista di Diritto Privato*, 1988, pp. 484 a 523.

⁸⁴ VERDERA SERVER, R., *El Cumplimiento forzoso...*, *op. cit.*, p. 49.

En nuestra opinión, los postulados de la teoría del incumplimiento efectivo no pueden ser aceptados. Coincidimos con CARRASCO PERRERA al indicar que «en Derecho español el acreedor dispone de una acción de cumplimiento del contrato en forma específica. El deudor que incumple no puede pretender que el acreedor se limite a recobrar el daño económico que le resulta del incumplimiento. En consecuencia, el deudor que se encuentra ante un mercado alcista no puede libremente especular con el incumplimiento, en la confianza que el *surplus* obtenido con el nuevo contrato será mayor (y suficiente) que los daños por los que el acreedor tenga derecho a ser indemnizado por el deudor incumplidor. El deudor no puede libremente buscar un nuevo comprador y limitarse a devolver al acreedor antiguo el precio convenido por el contrato. Con los límites que se dirán, el acreedor puede *insistir* en el cumplimiento específico, a pesar de que el deudor le haya comunicado que no está dispuesto a ejecutarlo. La acción de cumplimiento específico, sobre cuya *eficiencia económica* se ha discutido hasta la saciedad en el ámbito jurídico angloamericano, es un complemento irrecusable de todo sistema jurídico que no pueda asegurar -y ninguno puede asegurarlo ni por aproximación- que el resarcimiento en forma dineraria resulte *plenamente compensatorio* de los daños reales que padece el acreedor por el incumplimiento. Y no ya sólo porque el acreedor puede eludir esta carencia del sistema acudiendo directamente al expediente de reclamar el cumplimiento, sino porque puede *amenazar* al deudor con esta exigencia, para conseguir de éste una oferta de transacción que se acerque el daño real del acreedor o a la ganancia efectiva que el deudor ha obtenido por el empleo estratégico del incumplimiento del contrato»⁸⁵.

2.2. El panorama general en el Derecho Comparado

En los países del *Common Law*, ante el incumplimiento del contrato, se le permite a la parte perjudicada, en primer lugar, reaccionar ejerciendo la

⁸⁵ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 1072.

acción de indemnización de daños y perjuicios⁸⁶ -*damages*, en terminología anglosajona-, y sólo excepcionalmente el cumplimiento específico o *in natura*⁸⁷. No obstante, en casos extremos, en función de la gravedad del incumplimiento, también se le faculta, al igual que en los países de *Civil Law*, al ejercicio de la resolución del contrato o *termination*, bien de forma cumulativa o alternativa con la indemnización de daños. Centrándonos en la indemnización de los daños y en el cumplimiento específico, el *damages* será el remedio ordinario o principal, como ha indicado ATIYAH: «the action for damages is the most general remedy recognized by the common law. Its primary purpose in the law of contract is to compensate the innocent party for the guilty party's breach of contract so far as money can do so»⁸⁸, y el *specific enforcement* será un medio extraordinario o subsidiario⁸⁹.

Si bien la regla general aplicada por los Tribunales de *Common Law* ha sido tradicionalmente la indemnización de los daños y perjuicios heredera de la condena pecuniaria romanista, a partir del siglo XIV la *Court of Chancery*, consciente de la rigidez de los *damages*, comenzó a aplicar a los

⁸⁶ Sobre las razones en las que la doctrina del *Common law* fundamenta el carácter general de la indemnización de los daños como tutela ideal y el excepcional del cumplimiento *in natura*, vid., en la doctrina española, VERDERA SERVER, R., *El Cumplimiento forzoso...*, op. cit., pp. 97 a 99.

⁸⁷ En la doctrina española, PANTALEÓN PRIETO, F., ha señalado que el carácter excepcional que el *Common Law* atribuye al *specific performance* «responde a una peculiar concepción del contrato, no como fuente de obligaciones de dar, hacer o no hacer, sino de la obligación de pagar una cantidad de dinero como indemnización, si no se da, no se hace o se hace algo», «Las nuevas bases...», op. cit., p. 1728.

⁸⁸ ATIYAH, P.S., *An Introduction to the Law of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 5ª ed., 1989, p. 439.

⁸⁹ Sobre el *damages* como remedio principal ante el *breach of contract* en *Common Law*, vid., entre otros: ALPA, G., DELFINO, R., *Il contratto nel Common Law inglese*, 3ª ed., Cedam, Padova, 2005, pp. 185 a 188; DORAL GARCÍA, J.A., «Reparación y sanción...», op. cit., p. 593; LANDO, O., «El derecho contractual...», op. cit., pp. 11 y 12; LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, op. cit., pp. 393, 399 a 402; SACCO, R., «Concordanze e contraddizioni...», op. cit., p. 138; TREITEL, G.H., *Remedies for Breach...*, op. cit., pp. 44 y 45; VERDERA SERVER, R., *El Cumplimiento forzoso...*, op. cit., pp. 70, 97 a 99, 124 a 133; ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho...*, op. cit., pp. 126 y 127; ZWEIGERT, K., KÖTZ, H., *An Introduction to...*, op. cit., pp. 479 a 483.

incumplimientos contractuales los *equitable remedies* en los *breach of contract*, en los que los *damages* se manifestaran como un *inadequate remedy*; es decir, el remedio de la *specific performance* para las obligaciones de dar y de hacer, y el de la *injunction* -recurso de equidad consistente en un mandato judicial en el que se prohíbe la realización de la conducta a cuya omisión se ha comprometido la parte contratante- para las obligaciones de no hacer⁹⁰. Esta bipolar forma de solucionar los conflictos por las *Courts of Common Law* y las *Courts of Equity* desapareció con la unificación de ambas jurisdicciones en la *High Court of Justice* mediante la *Judicature Act* del año 1873⁹¹. En esta nueva jurisdicción, si bien han progresado los principios de equidad, continúa siendo la regla general el remedio de los daños y perjuicios⁹².

Como se ha venido reiterando, la indemnización de los daños y perjuicios se encuentra situada en una posición privilegiada dentro del sistema de remedios en los Ordenamientos del *Common Law*, pero, en determinados supuestos de incumplimiento, es viable que los tribunales concedan la *specific performance* o la *injunction*. ATIYAH ha señalado como principios rectores de los *remedies* en el *Common Law* «first, that they can only be granted when damages are inadequate and, secondly, that they will not be granted unless the court is in position to see that they are executed»⁹³. La facultad de conceder los

⁹⁰ ALPA, G., DELFINO, R., «come si è visto il principio generale di common law in materia di rimedi contrattuali prevede il risarcimento del danno. Quando però il risarcimento del danno non costituisce un rimedio adeguato la Corte può accordare, in equity, altri rimedi all'attore, emettendo un decreto di specific performance o di injunction con cui ordina al convenuto di fare o di astenersi dal fare quanto stabilito nel contratto», *Il contratto nel...*, *op. cit.*, p. 192.

⁹¹ Sobre la evolución histórica de los remedios de equidad en las *Courts of Equity* en Inglaterra, *vid.*, entre otros: ATIYAH, P.S., *An Introduction to...*, *op. cit.*, pp. 424 y ss.; TREITEL, G.H., *Remedies for Breach...*, *op. cit.*, pp. 63 y 64; VERDERA SERVER, R., *El Cumplimiento forzoso...*, *op. cit.*, pp. 125 y 126.

⁹² Así lo reconoce LANDO, O., al afirmar que «in the common law systems the claim for damages is the primary remedy available to the aggrieved party. Specific performance is granted only exceptionally at the court's discretion as an equitable relief», «Commentary Art. 28», *op. cit.*, p. 232.

⁹³ ATIYAH, P.S., *An Introduction to...*, *op. cit.*, p. 425. En el mismo sentido, entre otros, TREITEL, G.H., *Remedies for Breach...*, *op. cit.*, pp. 63 a 67.

remedios de equidad por el *breach of contract* es discrecional de los tribunales, lo que significa, como señala LANDO, que «la discrecionalidad actuada por los tribunales no es arbitraria; es una discrecionalidad sometida a determinadas normas»⁹⁴. Las condiciones o normas que de concurrir exceptúan o abortan la posibilidad de que los tribunales concedan *specific performance* o la *injunction* son fundamentalmente⁹⁵:

a) Los supuestos en los que la indemnización de los daños y perjuicios se manifieste como un remedio más adecuado *-the adequacy of damages-*. El *specific performance* sólo se podrá ejercer cuando la indemnización de daños y perjuicios o, como ha indicado, TREITEL «or other common law remedies»⁹⁶ sea, o mejor dicho sean, inadecuados para satisfacer el interés del acreedor lesionado. Por ejemplo, en el supuesto de que el objeto del contrato incumplido sea la compraventa de un bien, una obra de arte, que no puede ser adquirida fácilmente en el mercado. Por tanto, la vigencia de la pretensión de cumplimiento *in natura* se encuentra condicionada al denominado *adequacy of damages test* para situar a la parte perjudicada en una posición lo más semejante posible a la que se encontraría en el supuesto de que el contrato se hubiera cumplido⁹⁷.

⁹⁴ LANDO, O., «El derecho contractual...», *op. cit.*, pp. 11 y 12.

⁹⁵ Con relación a los condicionantes que excluyen la concesión de los remedios de equidad en el *Common Law*, *vid.*, entre otros: ATIYAH, P.S., *An Introduction to...*, *op. cit.*, pp. 424 a 431; TREITEL, G.H., *Remedies for Breach...*, *op. cit.*, pp. 63 a 71; VERDERA SERVER, R., *El Cumplimiento forzoso...*, *op. cit.*, pp. 126 a 132. En la doctrina española, sobre los requisitos exigidos para ejercicio de prestación *in natura* en el *Common Law*, *vid.*, entre otros: PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho...», *op. cit.*, p. 80 y «Importancia de la...», *op. cit.*, p. 304. Y en la italiana, *vid.*, entre otros: ALPA, G., DELFINO, R., *Il contratto nel...*, *op. cit.*, p. 193.

⁹⁶ TREITEL, G.H., ha señalado que «this principle was originally adopted to minimize the conflict between courts of common law and courts of equity, the latter only claiming the right to intervene where the former could not give satisfactory relief», *Remedies for Breach...*, *op. cit.*, p. 64.

⁹⁷ En este sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., indica que «en los Derechos del *Common Law* el cumplimiento específico (*specific performance*) es un remedio excepcional. El remedio normal, en caso de incumplimiento del contrato, es el del resarcimiento de daños. La regla fundamental consiste en que el cumplimiento específico no se decreta por el tribunal, si existe otro remedio adecuado. Sólo se considera procedente el cumplimiento específico en lugar del resarcimiento de daños si se logra de esta manera una más perfecta y completa justicia»,

b) Cuando el cumplimiento de la obligación se prolongue en el tiempo, sea continuada y exija la constante supervisión por parte de los tribunales (*difficulty of supervision*). Es decir, que plantee dificultades el control de su ejecución. Sería el caso, por ejemplo, de contratos de prestaciones de obras y servicios.

c) Que los inconvenientes del ejercicio *in natura* sean superiores y desproporcionados a sus ventajas *-balancing test-*, o cuando la ejecución del cumplimiento resulte inconveniente o impracticable *-undesirability and impracticality of specific performance-*.

Expuestas las líneas generales del funcionamiento de la indemnización de daños y perjuicios y de la pretensión de cumplimiento *in natura* en el *Common Law*, debe destacarse el esfuerzo realizado por el profesor Harvey MCGREGOR en su *Contract Code* -obra prelegislativa realizada por encargo en el año 1966 de la *Law Commission* inglesa- en *pro* del acercamiento en materia contractual entre el *Common Law* y el *Civil Law*, cuyo artículo 401, en sede de remedios ante el incumplimiento, parece abandonar el carácter discrecional y secundario del *specific performance*, y lo sitúa, de forma novedosa, tratándose de la tradición jurídica del sistema en el que nos encontramos, en un primer plano dentro del sistema de remedios. No obstante, se establecen una serie de limitaciones a su ejercicio en los artículos 402 y ss., que, por otro lado, no son ajenas a las establecidas en los sistemas de *Civil Law*⁹⁸.

«Comentario al artículo 28», *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, p. 232.

⁹⁸ «401. Legitimación. 1) El que es parte de un contrato, si la contraparte incumple, estará legitimado para pedir una resolución que exija a la otra parte cumplir específicamente sus promesas positivas de acuerdo con el contrato, con los límites señalados en los artículos 402 a 412. 2) No quedará limitada la disponibilidad de este remedio por el sólo hecho de que el resarcimiento de daños y perjuicios pueda proporcionar una solución alternativa. 3) La disponibilidad del remedio no quedará excluida por la existencia de una previsión contractual de pagar una suma determinada de dinero en caso de incumplimiento», MCGREGOR, H., *Contract Code*, (Traducción y Nota Preliminar por José María de la Cuesta Sáenz y Carlos Vattier Fuenzalida), Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 93.

En los sistemas de *Civil Law* se admiten en líneas generales el derecho del perjudicado a obtener el cumplimiento en forma específica, siendo la indemnización un remedio subsidiario o excepcional. Situándonos en el Derecho italiano, el artículo 1218 del *Codice Civile* al establecer que «*il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*», parece consagrar la prioridad de la *esecuzione in forma specifica* sobre el *risarcimento*⁹⁹. También se debe tener en consideración sobre la admisión del derecho al cumplimiento, el artículo 1453 de dicho Código que señala que «*nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno*». En tanto en cuanto la prestación debida es posible, la parte perjudicada puede exigir el cumplimiento *in natura*¹⁰⁰, y tal cumplimiento no puede ser sustituido por la indemnización de daños y perjuicios. Como ha indicado SACCO «se la prestazione è possibile, e purché essa corrisponda sempre all'interesse del

⁹⁹ En relación a la prioridad de la *tutela in forma specifica dei diritti di credito* en el Derecho italiano, *vid.*, entre otros: GIORGIANNI, M., *L'inadempimento*, Giufre editore, Milano, 1975, p. 24 y 25; MASTROPAOLO, F., «Danno: Risarcimento del Danno», en AA. VV., *Enciclopedia Giuridica*, Istituto della Enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, Tomo X, Roma, 1988, p. 5. En la doctrina española, VERDERA SERVER, R., se plantea el papel del artículo 1218 como fundamento de la prioridad del cumplimiento específico sobre la indemnización, afirmando que: «el actual código civil italiano parece abordar la cuestión en su central art. 1218, ya que el resarcimiento del daño está condicionado a que el deudor no realice exactamente la prestación debida. De aquí se ha querido deducir que el *codice civile* consagra inequívocamente la prioridad lógica del cumplimiento respecto de la indemnización de daños y perjuicios. Aunque la letra de la norma hubiera permitido pensar en una generalización de la regla del art. 1142 c.c.fr., se afirma que en tanto la prestación es posible, la pretensión de cumplimiento (*in natura*) no puede ser sustituida por la pretensión resarcitoria. Mas, en mi opinión, la cuestión no es tan clara. El sentido del art. 1218 c.c.it. no es establecer las relaciones entre cumplimiento forzoso y resarcimiento del daño, sino más concretamente delimitar el supuesto de hecho de la responsabilidad contractual por incumplimiento y sus causas de exoneración. Por ello, me parece arbitrario encontrar en ese precepto un apoyo decisivo en un sentido u otro: el art. 1218 c.c.it. señala cuándo ha lugar al resarcimiento del daño y cuándo no, pero no se preocupa de establecer su relación con el cumplimiento forzoso (y con los arts. 2930-2933 c.c.it.)», *El Cumplimiento forzoso...*, *op. cit.*, p. 123.

¹⁰⁰ Sobre la *esecuzione forzata in forma specifica*, *vid.*, los artículos 2930 a 2933 del *Codice Civile*.

creditore, si potrà alternativamente far pressione sul debitore, per convincerlo ad adempiere, oppure fare il possibile per far ottenere al creditore l'esecuzione della prestazione in forma specifica»¹⁰¹. No obstante lo anterior, el *Codice Civile*¹⁰² no es ajeno a determinadas excepciones al ejercicio de la pretensión de cumplimiento en forma específica, cuando el mismo es imposible o irrazonable¹⁰³.

El Derecho alemán se encuentra inspirado en la preferencia de la ejecución específica de la obligación incumplida sobre cualquier otro remedio¹⁰⁴. Se garantiza al acreedor el derecho a obtener el cumplimiento de lo pactado, salvo que la prestación se haga imposible o sea rechazada por el mismo porque ya no le interese. Si bien tal preferencia no se encuentra expresamente declarada en el BGB, existen varios preceptos que la asumen¹⁰⁵. El principal sostén legal en favor de la pretensión de cumplimiento, se

¹⁰¹ SACCO, R., «Concordanze e contraddizioni...», *op. cit.*, p. 135.

¹⁰² Artículos 1256: «*l'obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile. Se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore, finchè essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla*» y 1463: «*nei contratti con prestazioni corrispettive, la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la contraprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito*».

¹⁰³ Sobre los límites al ejercicio de la pretensión de cumplimiento in natura en el Derecho italiano, *vid.*, por todos: MENGONI, L., «Responsabilità contrattuale (diritto vigente)», en AA. VV., *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXIX, Dott. A. Guiffre, Milano, 1988, pp. 1086 a 1090.

¹⁰⁴ Sobre la posición del cumplimiento *in natura* en el Derecho alemán, *vid.*, entre otros: MARKESINIS, B., UNBERATH, H., JOHNSTON, A., *The German Law of Contract*, Hart Publishing, Second Edition. Entirely Revised and Updated, Oxford and Portland, Oregon, 2006, pp. 392 a 406; SACCO, R., «Concordanze e contraddizioni...», *op. cit.*, pp. 138, 141 y 142; TREITEL, G.H., *Remedies for Breach...*, *op. cit.*, pp. 51 y 52; VERDERA SERVER, R., *El Cumplimiento forzoso...*, *op. cit.*, pp. 121 y 122; VON TUHR, A., *Tratado de la Obligaciones*, tomo II, traducido del alemán y concordado por W. Roces, Editoria Reus, Madrid, 1934, pp. 86 y 87; ZWIEGERT, K., KÖTZ, H., *An Introduction to...*, *op. cit.*, pp. 472 a 474.

¹⁰⁵ TREITEL, G.H., «German law starts with the principle that the creditor is entitled a judgment for performance. The Civil Code does not state this principle in so many words, but a number of provisions assume its existence», *Remedies for Breach...*, *op. cit.*, p. 51.

encuentra en el parágrafo 241 del BGB, que establece como principal efecto de la obligación la facultad del acreedor para exigir el cumplimiento de la prestación. El principio general del cumplimiento de la prestación tiene sus especificaciones en los parágrafos 883-896 de la normativa procesal civil (Z.P.O.). Dichos preceptos establecen la forma de ejecutar la prestación incumplida en función de la naturaleza jurídica de la misma¹⁰⁶. Al igual que en los anteriores Ordenamientos de *Civil Law*, en el Derecho alemán también existen una serie de limitaciones al remedio de la ejecución específica¹⁰⁷. El parágrafo 245 del BGB hace referencia a la deuda de un tipo específico de dinero. Si en el momento del pago, la moneda especificada no se encuentra en circulación, se tendrá por no especificada. Cuando la reposición en especie sólo fuera posible mediante desembolsos desproporcionados, se sustituirá la prestación por una indemnización (apartado segundo del parágrafo 251 BGB). Finalmente, la exclusión del deber de prestación del parágrafo 275 del BGB: *«(1) La pretensión a la prestación está excluida si es imposible para el deudor o para cualquier persona. (2) El deudor puede denegar la prestación en la medida en que ésta requiere un esfuerzo que, teniendo en cuenta el contenido de la relación obligatoria y las exigencias de la buena fe, supone un grave desequilibrio con el interés del acreedor a la prestación. En la determinación del esfuerzo exigible al deudor debe también tenerse en cuenta si el deudor debe responder del impedimento de la prestación. (3) El deudor puede además denegar la prestación si debe cumplirla personalmente y, ponderando los impedimentos que dificultan su prestación con el interés del acreedor a la prestación, no le puede ser exigida. (4) Los derechos del acreedor se determinan según los §§ 280, 283 a 285, 311a y 326»*.

¹⁰⁶ Sobre las diferentes formas de ejecutar la obligación incumplida, *vid.*, entre otros: TREITEL, G.H., *Remedies for Breach...*, *op. cit.*, pp. 53 a 55 y VERDERA SERVER, R., *El Cumplimiento forzoso...*, *op. cit.*, pp. 121 y 122.

¹⁰⁷ TREITEL, G.H., *Remedies for Breach...*, *op. cit.*, pp. 52 y 53.

2.3. El panorama en el Derecho interno español

2.3.1. Introducción

En el Derecho español, el primer medio de tutela ante la insatisfacción del derecho de crédito viene representado por la pretensión de cumplimiento de la prestación omitida *in natura* o en forma específica. La pretensión de cumplimiento específico tiene en nuestro Ordenamiento prioridad sobre el resto de remedios¹⁰⁸, y ello se colige de la regulación conjunta que lleva a cabo el Código civil en múltiples artículos y en los pronunciamientos en tal sentido del

¹⁰⁸ En favor del carácter preferente de la pretensión de cumplimiento *in natura* sobre el resto de medios de tutela y la forma de operar en las obligaciones de dar, hacer o no hacer, se pronuncian en la doctrina, *vid.*: ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil. II...*, *op. cit.*, pp. 193 a 197; BELTRAN DE HEREDIA Y ONIS, P., *El incumplimiento de las obligaciones*, Edersa, Madrid, 1990, pp. 42 a 55; CAPILLA RONCERO, F., *La Responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 27 y ss; DE PABLO CONTRERAS, P., «Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual», en AA. VV., *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*, (coord. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz), Editorial Colex, Madrid, 2000, pp. 178 a 189; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, *op. cit.*, p. 678 a 681; Díez-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I/2, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 172 a 174; DORAL GARCÍA, J.A., «Reparación y sanción...», *op. cit.*, pp. 593 a 596; LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRIA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil II Derecho de Obligaciones*, 2ª edición. (Revisada y puesta al día por Rivero Hernández), Dykinson, Madrid, 2000, pp.164 a 166; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *Curso de Derecho de Civil II. Derecho de Obligaciones*, segunda edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 380 y 381; LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil, Tomo II, Derecho de Obligaciones*, 9ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 183 a 187; LETE DEL RÍO, J.M., LETE ACHIRICA, J., *Derecho de Obligaciones, Volumen I, Teoría general de la relación obligatoria y del contrato. Derecho de daños*, Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 244 a 247; LLAMAS POMBO, E., *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño del acreedor*, Trivium, Madrid, 1999, pp. 230 a 232 y «Comentario a los artículos 1.096 al 1.109 del Código Civil», en AA. VV., *Jurisprudencia Civil Comentada, Código Civil*, Tomo II, (dirigido. Miquel Pasquau Liaño), Comares, Granada, 2000, pp. 1791 a 1800; MARTÍN PÉREZ, A., «Comentario a los artículos 1088 a 1099 del Código Civil», en AA. VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dirigido por Albaladejo), Tomo XV, Volumen 1º, Edersa, 1989, Madrid, pp. 188 a 353; MONTÉS PENADÉS, V.L., «La defensa del derecho de crédito», en AA. VV., *Derecho de obligaciones y contratos*, (coordinado por Valpuesta Fernández), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2ª edición, pp. 229 a 231; PANTALEÓN PRIETO, F., «Las nuevas bases...», *op. cit.*, pp. 1728 a 1731; PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*, Volumen II, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 144 y 145 y «Comentario final del traductor», *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, (Traducción y Comentario de Derecho Español por José Puig Brutau de la obra de Fuller y Perdue), Bosch, Barcelona, 1957, pp. 146 a 161; RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *Estudio Legislativo y Jurisprudencia de Derecho Civil: obligaciones y contratos*, Dykinson, Madrid, 2000, pp.534 a 544; VERDERA SERVER, R., *El Cumplimiento forzoso...*, *op. cit.*, pp. 134 a 146.

Tribunal Supremo¹⁰⁹. Ante el incumplimiento del contrato en cualquiera de las formas en que el mismo se manifieste –falta de ejecución, ejecución defectuosa, o retrasada–, la primera medida de reacción que el Ordenamiento reconoce al acreedor, siempre que el incumplimiento no haya acaecido por imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor, es la exacta realización de la conducta debida, el cumplimiento *in natura*¹¹⁰. Para que pueda ejercitarse tal pretensión es necesario que la prestación sea posible, tanto material como jurídicamente, y que no haya desaparecido el interés que llevó al acreedor a contratar. Ya se ha tratado cómo en el *Common Law*, como regla general, no puede exigirse el cumplimiento en forma específica, y el acreedor tiene que conformarse con el resarcimiento de los daños y perjuicios. En nuestro Derecho la regla general de la que se parte es diferente: los contratos obligan a su exacto cumplimiento y no al pago de una indemnización de daños y perjuicios, y sólo, subsidiariamente, cuando ello no es posible, se sustituye la prestación inicialmente pactada por el cumplimiento por equivalente¹¹¹. En el

¹⁰⁹ En la jurisprudencia deben destacarse, entre otras, las SSTS siguientes: de 3 de julio de 1989, ponente D. Ramón López Vilas (RJ 1989, 5281); de 21 de noviembre de 1990, ponente D. Rafael Casares Córdoba (RJ 1990, 9012); de 12 de diciembre de 1990, ponente D. Pedro González Povedano (RJ 1990, 9999); de 19 de noviembre de 1996, ponente D. Antonio Gullón Ballesteros (RJSic TOL 217.565); de 11 de junio de 1998, ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJSic TOL 1.859) y de 11 de Mayo de 2002, ponente D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJSic TOL 161.902).

¹¹⁰ CAPILLA RONCERO, F., afirma que «en el orden lógico, parece razonable situar en un lugar preeminente a la ejecución específica, de forma que la condena a la indemnización del daño causado revista carácter subsidiario. Pero en el orden práctico las limitaciones que pesan sobre los medios de coerción para que el deudor cumpla específicamente lo que debe, pueden llevar al resultado absolutamente contrario...En definitiva, se trata de aplicar en la ejecución forzosa los mismos criterios que hacen posible el cumplimiento por persona distinta del deudor con eficacia satisfactiva, y cuyo ejemplo más claro se encuentra en la admisión del llamado pago por tercero», *La Responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 28 y 29.

¹¹¹ El cumplimiento forzoso en forma específica imperante en el Derecho español es fruto de una larga evolución, puesto que, siguiendo a DE PABLO CONTRERAS, P., «se incorpora al Derecho civil tardíamente. En el Derecho romano clásico, en efecto, no era posible condenar a la entrega de la cosa debida o, en general, a la realización de la conducta de prestación, sino sólo al pago de la cantidad de dinero (*condemnatio pecuniaria*) en que la misma se valoraba por el juez (*litis aestimatio*). El deudor, pagándola –él mismo o un tercero–, se liberaba del rigor de la ejecución personal; y podía optar libremente por ese pago, incluso si la prestación debida seguía siendo perfectamente posible». La solución de la *condemnatio pecuniaria* es en la que se ha quedado anclado el *Common Law*. «Sin embargo, el Derecho postclásico atenúa este sistema, lo que permite a los intérpretes del Derecho común sostener mayoritariamente la posibilidad de que el deudor sea condenado a realizar la exacta prestación debida, al menos en

fondo late la distinta concepción que se tiene de las obligaciones que nacen de los contratos en un sistema jurídico y en otro. Señala PANTALEÓN PRIETO, una vez rechazado el carácter excepcional de la pretensión de cumplimiento empleado en el *Common Law*, que la misma deriva de la especial forma de concebir el contrato como fuente de la obligación única y exclusiva de pagar una indemnización ante el incumplimiento y no como obligación de realizar una prestación de dar, hacer o no hacer¹¹². El fundamento de la fuerza vinculante de los contratos tiene como piedra angular en nuestro sistema al artículo 1091¹¹³: «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos»¹¹⁴. La prioridad de la pretensión de cumplimiento sobre el resto de remedios es la más adecuada desde nuestro concepto de la obligación¹¹⁵. No obstante, PUIG BRUTAU ha indicado que carece nuestro Código civil de una afirmación expresa

las obligaciones de dar, pues en las de hacer se entiende rige el principio (*nemo potest praecise cogi ad factum*), de modo que, entonces, la sentencia ha de limitarse a condenarle al pago de una indemnización», «Incumplimiento de las obligaciones...», *op. cit.*, p. 181.

¹¹² PANTALEÓN PRIETO, F., «Las nuevas bases...», *op. cit.*, p. 1728.

¹¹³ El principio *pacta sunt servanda* que emana del artículo 1091 debe ser puesto en conexión con los artículos 1256 «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes» y 1258 «los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

¹¹⁴ La fuerza vinculante de los contratos también ha recibido su apoyatura jurisprudencial, entre otras, por la STS de 21 de noviembre de 1990 ponente D. Rafael Casares Córdoba (RJ 1990, 9012) cuyo fundamento de derecho quinto dispone que «establecido en el artículo 1091 del Código Civil el principio cardinal que obliga a las partes a estar a lo pactado en el cumplimiento de los contratos, regla que impone el acomodo a éste a ser posible, así ha de imponerse por la sentencia estimatoria cuando la acción ejercitada, a tenor de lo que se pide es la del cumplimiento del artículo 1091 del Código, aunque este artículo no se examine en la demanda y el mismo ha de ser aplicado con preferencia al cumplimiento por equivalencia al que, en principio ha de atribuirse el carácter subsidiario de aquel otro capital de cumplimiento in natura».

¹¹⁵ Afirma ALBALADEJO GARCÍA, M., que «establecer en primer término la necesidad de que, en cuanto sea posible, venga satisfecho el acreedor precisamente con la prestación debida (lo que se denomina ejecución «in natura») es la más justa y acorde con el concepto de obligación, ya que con la misma se persigue obtener la prestación precisamente, y no una indemnización. Quedando ésta sólo como último recurso para cuando aquélla no pueda obtenerse, o en tanto en cuanto no pueda serlo exactamente», *Derecho Civil. II. Derecho...*, *op. cit.*, pp. 194 y 195.

de la preferencia del cumplimiento específico¹¹⁶. Sobre dicha ausencia, señala Díez-PICAZO que «si bien no aparece consignada de forma categórica por el Código, se encuentra implícita en múltiples preceptos del mismo y forma, por decirlo así, el centro de gravedad del sistema»¹¹⁷. Cuando el deudor no cumple exactamente el contrato, siempre y cuando todavía sea posible realizar la prestación, el acreedor, mediante el ejercicio de la acción de cumplimiento, perseguirá un fallo judicial para apremiar al deudor a la realización exacta de la prestación o a la perfección de la irregularmente realizada, esto es, la llamada ejecución procesal voluntaria¹¹⁸.

Debe destacarse que, en virtud de la fuerza vinculante de los contratos y de su cumplimiento en sus términos estrictos, de la misma forma que el deudor no puede liberarse de cumplir pagando una indemnización, tampoco el acreedor tiene la libertad absoluta de exigir bien el cumplimiento específico o bien la indemnización de daños y perjuicios. El acreedor debería, en primer lugar, exigir el cumplimiento, en virtud de la buena fe y la lealtad negocial, y sólo cuando el mismo sea imposible, o ya no satisface su interés, puede subsidiariamente pretender la indemnización de los daños y perjuicios¹¹⁹. De

¹¹⁶ PUIG BRUTAU, J., señala que «los Códigos civiles de países de Derecho romano, en los que prevalece la regla del cumplimiento en forma específica, son los que precisamente han olvidado afirmarlo de manera expresa», «Comentario final del...», *op. cit.*, p. 147.

¹¹⁷ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, *op. cit.*, p. 678.

¹¹⁸ Sobre la ejecución procesal voluntaria y forzosa *vid.*, ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil. II. Derecho...*, *op. cit.*, pp. 193 a 196.

¹¹⁹ En tal sentido, entre otros: CAPILLA RONCERO, F., «parece razonable concluir que la elección entre las modalidades de la ejecución forzosa debe quedar encomendada a la decisión del acreedor, el cual podrá exigir la ejecución específica o la dineraria del resarcimiento, según que conserve o no interés en el exacto cumplimiento de la prestación...Compete, pues, al acreedor la facultad de elegir entre pedir la ejecución específica o la ejecución de la responsabilidad patrimonial universal; si bien no como facultad encomendada a su libérrimo arbitrio, sino susceptible de control judicial para evitar un ejercicio abusivo o, en general, contrario a la buena fe», *La Responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 96 y 97; Díez-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., «el acreedor sólo tiene derecho a exigir la prestación prometida, y si no lo logra, la llamada prestación del equivalente» *Instituciones de...*, *op. cit.*, p. 174; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., «se viene a subrayar en la doctrina que siempre que sea posible obtener judicialmente la prestación debida (ejecución forzosa in natura) el acreedor ha de solicitar el cumplimiento y sólo subsidiariamente, cuando la ejecución en forma específica

forma muy gráfica ha sido expuesta tal prioridad de la exigencia de cumplimiento sobre la indemnización de los daños por LACRUZ *et alii* que ponen como ejemplo: «si yo presto un caballo y el deudor no me lo devuelve, no puedo accionar directamente pidiendo su precio, sino, en primer lugar el caballo entregado; ni el deudor podría optar por liberarse pagando el precio, o indemnizando los daños»¹²⁰.

2.3.2. La ejecución *in natura* en la doctrina del Tribunal Supremo

La prioridad de la ejecución *in natura* ha sido confirmada reiteradamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Respecto de las obligaciones de dar, la sentencia de 19 de noviembre de 1996 confirmó el fallo estimatorio de la demanda del Juzgado de Primera Instancia de La Bisbal (Gerona) que había sido revocada en apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona, en la que se suplicaba que se dictara sentencia «condenando a la parte demandada a la entrega dentro del plazo prudencial que estableciese el Juzgado, a mi representado, de los dos apartamentos y las dos plazas de parking de las características pactadas, en el edificio que la parte demandada está construyendo sobre la finca objeto de la compraventa...; y, alternativamente, sólo para el caso de que estimase imposible dicha entrega..., se entregue a mi representado el precio de los mismos consistente en el metálico valor de dichos elementos en treinta millones de pesetas (30.000.000 ptas); condenando así

resulte imposible, pedir la indemnización de daños y perjuicios», *Curso de Derecho de Civil II. Derecho...*, *op. cit.*, pp. 380 y 381; LETE DEL RÍO, J.M., LETE ACHIRICA, J., «de acuerdo con el concepto de la obligación, debe tenerse en cuenta que el deudor no tiene un derecho de opción entre el cumplimiento o el abono de los daños y perjuicios, así como tampoco el acreedor puede elegir éstos y no exigir el cumplimiento exacto de la prestación. De ahí que el incumplimiento de la obligación confiera al acreedor, en primer lugar, el derecho a reclamar el cumplimiento forzoso en forma específica (*acción de cumplimiento*), y sólo cuando es imposible obtener la ejecución *in natura* puede el acreedor pretender la indemnización de los daños y perjuicios, representativos de su interés frustrado por el incumplimiento (*acción de resarcimiento de daños y perjuicios*)», *Derecho de Obligaciones, Volumen I...*, *op. cit.*, p. 244; PUIG BRUTAU, J., «si el deudor no cumple voluntariamente, se decretará la ejecución forzosa de la misma prestación debida, y en el caso supuesto de no ser ésta posible, el acreedor será resarcido con el correspondiente equivalente pecuniario», *Compendio de Derecho Civil...*, *op. cit.*, p. 145.

¹²⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L., ET ALII, *Elementos de Derecho Civil II...*, *op. cit.*, p. 164.

mismo a los demandados al resarcimiento de daños y abono de intereses»¹²¹. La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1998, confirmando otra de la Audiencia Provincial de Barcelona admitiendo «el cumplimiento forzoso de la obligación, pudiéndose sustituir la voluntad del demandado por la del juez, que sólo se reemplazará por la correspondiente indemnización cuando el contrato definitivo no se pueda cumplir por cualquier causa» recoge en su fundamento de derecho segundo que «si el cumplimiento no fuera posible en la forma específica dicha, por razones físicas o jurídicas, la propia sentencia aclara, al final de su fundamento quinto, que se sustituirá ese cumplimiento específico por el *id quo interest*, que igualmente fija en el fallo, apartado C) como la diferencia entre el precio de compra de la vivienda que se señala pactado en el escrito de demanda y el que en la fecha en que esa imposibilidad se constate corresponda a otra de las mismas características»¹²².

En cuanto a las obligaciones de hacer, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1989, confirma la de la Audiencia Territorial de Madrid revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia Número 19 de la misma capital, recogiendo en su fundamento de derecho primero que «en las obligaciones de hacer, el acreedor puede exigir que esa prestación se realice en forma específica (acción de cumplimiento), siendo esta obligación de cumplir la primera y directa consecuencia del incumplimiento imputable, que en ocasiones puede conseguirse coactivamente, aun contra la voluntad del deudor; así, el artículo 1098 del Código Civil dispone que "si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa". Tan sólo en el caso en que no pueda conseguirse el cumplimiento voluntario o forzoso de la obligación entra en juego "*nemo factum cogi potest*" y la prestación primitiva se transforma subsidiariamente en la de indemnizar»¹²³. También el Alto Tribunal, en sentencia de 12 de diciembre de 1990, admitiendo recurso de casación,

¹²¹ STS de 19 de noviembre de 1996, ponente D. Antonio Gullón Ballesteros (RJSic TOL 217.565).

¹²² STS de 11 de junio de 1998, ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJSic TOL 1.859).

¹²³ STS de 3 de julio de 1989, ponente D. Ramón López Vilas (RJA 1989, 5281).

considera en su fundamento de derecho número dos que «es exigible judicialmente a través del ejercicio de una acción de cumplimiento de contrato del art. 1091 del citado Código, constituyendo aquélla una obligación de hacer que ha de ser cumplida en forma específica, de acuerdo con el art. 1098 del Código, entrando en juego el cumplimiento por equivalencia, de carácter subsidiario, cuando el deudor no realiza la prestación debida o ésta deviene imposible»¹²⁴. En la misma línea, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2009, en un supuesto de cumplimiento defectuoso de la obligación de ejecutar una obra señala que, «se ha impuesto en sentencia el cumplimiento forzoso en forma específica, la ejecución *in natura* para conseguir satisfacer plenamente el interés del acreedor y es subsidiario, como así se ha interesado por la demandante, en el cumplimiento por equivalencia, indemnización de daños y perjuicios, *id quod interest*»¹²⁵. No obstante lo anterior, no debe olvidarse que la preferencia del cumplimiento *in natura* sobre la indemnización de daños no está exenta de requisitos, así la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2007, afirma que «en los presentes autos la posible prevalencia de la reparación "in natura" respecto de la reclamación directa de la indemnización sustitutoria, en aquellos casos en que aquella forma resarcitoria se presenta y se propugna como posible. Pues bien, atendiendo a la jurisprudencia de esta Sala, no puede otorgarse, como regla general, rango preferente a aquélla frente a ésta, en supuestos, como el presente, so pena de conceder a los demandados, como decía la Sentencia de esta Sala de 7 de mayo de 2002 (RJ 2002, 3678) , "el privilegio de llevar a cabo por sus propios medios unos trabajos de reparación que previamente se han abstenido de realizar eficazmente". Es cierto que, en determinados supuestos se ha señalado la solución contraria, a saber, que la posibilidad de instar la reclamación directa de la indemnización pertinente es una excepción a la regla general del artículo 1098 del Código Civil -reparación "in natura"-,... Ahora bien, aun en estos casos, se ha mantenido la procedencia de la pretensión

¹²⁴ STS de 12 de diciembre de 1990, ponente D. Pedro González Povedano (RJA 1990, 9999).

¹²⁵ STS de 8 de abril de 2009, ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2009, 2894).

resarcitoria por equivalencia, por concurrir una serie de circunstancias, cuales son, "el requerimiento previo de realización al deudor, que éste lo incumpla voluntariamente, y que el demandante prefiera la indemnización, dado el constatado incumplimiento del deudor, por depender el cumplimiento de una relación personal que se ha demostrado contraria a las reglas de conducta propias de las relaciones contractuales". Pues bien las circunstancias que determinan la inviabilidad de llevar a cabo la reparación, entrañan una verdadera "quaestio facti" que no es verificable en casación, pueden entenderse concurrentes en el presente supuesto, por cuanto, ya desde la demanda resultó patente la ruptura entre los litigantes de la relación de confianza precisa para acometer la demandada las obras de reparación con ciertas garantías de solvencia, por lo que la ejecución "in natura" podría dar lugar a nuevas dilaciones y conflictos, máxime tomando en consideración que alguna de las obligaciones de hacer que quiere asumir la demandada (las relativas a la mudanza de enseres y realojo de las familias afectadas) exceden ciertamente de su ámbito de atribuciones profesionales, por lo que resulta comprensible el recelo de los aquí recurridos a que sea ella quien las acometa»¹²⁶.

2.3.3. La ejecución de las prestaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil

Las reglas relativas al cumplimiento forzoso o *in natura* de las obligaciones se encuentran recogidas en los artículos 1096 a 1099 del Código Civil¹²⁷ y 701 a 711 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

¹²⁶ STS de 20 de junio de 2007, ponente D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2007, 3459). En el mismo sentido la STS de 27 de septiembre de 2005, ponente D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares (RJ 2005, 707).

¹²⁷ Como excepción al régimen general que se ha formulado, en presencia de obligaciones recíprocas, cuando la prestación es todavía posible y la otra parte no cumplió la suya, al amparo del artículo 1124 del Código Civil, «*el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos*».

(BOE de 8 de enero). Ambos textos normativos diferencian según se trate de obligaciones de dar (artículos 1096 y 1097 del CC y 701 a 705 de la LEC), de hacer (artículos 1098 del CC y 705 a 709 de la LEC) y de no hacer (párrafo segundo del artículo 1098 y el 1099 del CC y 710 y 711 de la LEC), por lo que en la práctica la efectividad de la pretensión de cumplimiento va a depender, en gran medida, no sólo de la posibilidad de realizar la prestación y de que la misma sea idónea para satisfacer plenamente el interés del acreedor, sino también de la naturaleza y de las características propias de la prestación¹²⁸.

a) La ejecución forzosa de las obligaciones dinerarias (artículos 571 a 698 de la LEC). Si la prestación incumplida por el deudor tiene por objeto la entrega de dinero siempre será posible la ejecución forzosa, salvo en el supuesto de que nos encontremos ante un deudor insolvente, «*en virtud de un título ejecutivo del que directa o indirectamente, resulte el deber de entregar una cantidad de dinero líquida*». Una vez realizado el requerimiento de pago al deudor (artículo 581 de la LEC) o no siendo necesario el mismo (artículo 580 de la LEC) se procederá al embargo de los bienes (artículos 584 a 633 de la LEC) y posteriormente mediante el procedimiento de apremio (artículos 634 a 680 de la LEC) al avalúo y a la pública subasta de los bienes embargados, destinando el dinero producto de la venta en pública subasta de los bienes embargados al pago del acreedor¹²⁹.

¹²⁸ En general, sobre la ejecución de las prestaciones en la LEC, *vid.*: CARBALLO PIÑEIRO, L., *La ejecución de condenas de dar*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2001; CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J., TAPIA FERNÁNDEZ, I., (Coordinadores), *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Aranzadi Editorial, Pamplona, 2001, pp. 563 a 656; DE LA OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO JIMÉNEZ, I., VEGA TORRES, J., BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, pp.1179 a 1208; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Iurium Editores, Madrid, 2001, pp. 411 a 435; MARTÍNEZ DE SANTOS, A., «Un proceso de ejecución civil necesitado de reforma», *Diario la Ley*, Año 2009, Número 7149, pp. 1 a 4; MORALES MORENO, A.M., considera «los dos elementos sobre los que se vertebraba el nuevo sistema de responsabilidad contractual (concepto unitario de incumplimiento y sistema articulado de remedios)», *La Modernización...*, *op. cit.*, pp. 78 a 92; PARDO IRANZO, V., *Ejecución de sentencias por obligaciones de hacer y no hacer*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; ORTELLS RAMOS, M., «La ejecución de prestaciones no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil», *La ejecución civil*, (director Víctor Moreno Catena), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 263 a 343.

b) La ejecución forzosa de las obligaciones de dar (artículos 1096 y 1097 del CC y 701 a 705 de la LEC). Dispone el párrafo primero del artículo 1096, que *«cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada, el acreedor, independientemente del derecho que le otorga el artículo 1.101, puede compeler al deudor a que realice la entrega»*. Tal precepto debe ser puesto en conexión con los artículos 701 de la LEC, sobre la entrega de cosa mueble determinada o específicas¹³⁰, y 703 sobre la entrega de bienes inmuebles¹³¹, que concretan la forma procesal o adjetiva de hacerse efectivo el cumplimiento específico.

Partiendo del presupuesto de que la cosa determinada que debe ser entregada al acreedor se encuentra en el patrimonio del deudor, el párrafo primero del artículo 701 dispone que *«cuando del título ejecutivo se desprenda el deber de entregar cosa mueble cierta y determinada y el ejecutado no lleve a cabo la entrega dentro del plazo que se le haya concedido -ejecución procesal voluntaria-, el tribunal pondrá al ejecutante en posesión de la cosa debida, empleando para ello los apremios que crea precisos, ordenando la entrada en lugares cerrados y auxiliándose de la fuerza pública, si fuere necesario»*¹³². Si la cosa no se encontrare en el patrimonio del deudor, el

¹²⁹ Vid., entre otros: ACHÓN BRUÑÉN, M^a.J., *La ejecución dineraria. Cuestiones conflictivas*, Sepin, Madrid, 2009 y PEREDA GÁMEZ, F.J., «La ejecución no dineraria en la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil (la mal llamada ejecución forzosa “específica”», *La ejecución civil*, (director Víctor Moreno Catena), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 347 a 403.

¹³⁰ ORTELLS RAMOS, M., «La ejecución de prestaciones...», *op. cit.*, pp. 282 a 290.

¹³¹ ORTELLS RAMOS, M., «La ejecución de prestaciones...», *op. cit.*, pp. 293 a 303.

¹³² Si el deudor hace caso omiso a tal conminación, el acreedor podrá satisfacer su interés, bien solicitando a la Autoridad Judicial para que tome la cosa en el supuesto de las obligaciones de dar, o sustituya, en su caso, la actividad del deudor por una decisión judicial, o bien, igualmente en su caso, realizando la prestación incumplida a costa del deudor. Esta forma de proceder se denomina ejecución procesal forzosa. Por último, puede ocurrir que la prestación sea de imposible cumplimiento, o que no pueda ser realizada sustituyendo la actuación del deudor, o que tampoco pueda ser ejecutable a su costa. En tales supuestos, la obligación primitivamente pactada se transforma en la de pago de un equivalente pecuniario.

párrafo tercero del precepto legal citado dispone que se «*sustituya por una justa compensación económica, que se establecerá con arreglo a los artículos 712 y siguientes*». Se produce la transformación de la cosa cierta inicialmente pactada por una indemnización de daños, con independencia de que también sean indemnizados los ulteriores daños y perjuicios que el incumplimiento haya producido. El artículo 703, relativo a la entrega de bienes inmuebles, establece que «*si el título ejecutivo dispusiere la transmisión o entrega de un bien inmueble, el tribunal ordenará de inmediato lo que proceda según el contenido de la condena y, en su caso, dispondrá lo necesario para adecuar el Registro al título ejecutivo*». Llama la atención cómo los artículos 703 y 704 no contienen referencia alguna al supuesto de que el bien inmueble no se encuentre ya en el patrimonio del deudor. En tal caso, indica LLAMAS POMBO que «la solución práctica viene dada por la equiparación de tal supuesto con los de imposibilidad de entrega... Se entiende que dicha circunstancia posesoria constituye un caso de imposibilidad, aunque por razones jurídicas»¹³³. Entre las muchas ocasiones en que nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre tal imposibilidad, se encuentra la citada sentencia de 19 de noviembre de 1996 y la de 12 de Marzo de 1997: «si fácticamente, los condenados no pueden entregar el piso, por haberlo vendido... los compradores, demandantes, a cuyo favor se dictó la sentencia recurrida, podrán exigir en ejecución de sentencia el cumplimiento por equivalencia, es decir, indemnización de daños y perjuicios»¹³⁴.

El párrafo segundo del artículo 1096 del CC, en relación a la obligación de entregar cosa genérica o indeterminada, dispone que el acreedor «*podrá pedir que se cumpla la obligación a expensas del deudor*». A diferencia de la anterior normativa procesal, el actual artículo 702 de la LEC, sí contempla de forma directa el supuesto de que la obligación incumplida sea la de entregar

Además, en todos estos supuestos, el acreedor podrá solicitar la indemnización de los ulteriores daños y perjuicios que el anómalo cumplimiento del contrato le haya producido.

¹³³ LLAMAS POMBO, E., «Comentario a los artículos 1.096...», *op. cit.*, p. 1792.

¹³⁴ SSTs de 19 de noviembre de 1996, ponente D. Antonio Gullón Ballesteros (RJSic TOL 217.565) y de 12 de marzo de 1997, ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 1997,2490).

cosas genéricas o indeterminadas, indicando: «1. Si el título ejecutivo se refiere a la entrega de cosas genéricas o indeterminadas, que pueden ser adquiridas en los mercados y, pasado el plazo, no se hubiese cumplido el requerimiento, el ejecutante podrá instar a que se le ponga en posesión de las cosas debidas o que se le faculte para que las adquiera, a costa del ejecutado, ordenando al mismo tiempo, el embargo de bienes suficientes para pagar la adquisición, de la que el ejecutante dará cuenta justificada. 2. Si el ejecutante manifestara que la adquisición tardía de las cosas genéricas o indeterminadas con arreglo al apartado anterior no satisface ya su interés legítimo, el tribunal determinará, mediante providencia, el equivalente pecuniario, con los daños y perjuicios que hubieran podido causarse al ejecutante, que se liquidarán con arreglo a los artículos 712 y siguientes».

De una lectura conjunta de ambos preceptos se pueden diferenciar tres supuestos de ejecución de las obligaciones de cosas genéricas. En primer lugar, si la cosa genérica se halla en el patrimonio del ejecutado y éste, una vez requerido el pago, no cumple voluntariamente, el ejecutante podrá solicitar al juez que le entregue la posesión de las cosas afectas al cumplimiento¹³⁵. En segundo lugar, cuando no existan en el patrimonio del deudor las cosas genéricas, o no en cuantía suficiente para satisfacer la obligación, ésta podrá ser ejecutada, bien conminando al deudor para que las adquiera en el mercado y las entregue al acreedor, o bien embargando bienes suficientes del patrimonio del deudor para con el producto obtenido adquirir de un tercero las cosas genéricas. Por último, en función de que la entrega tardía de las cosas genéricas resulte inadecuada para satisfacer el interés del acreedor, éste podrá

¹³⁵ Con anterioridad a la actual LEC no existía una norma que contemplara de forma directa los casos en que la obligación incumplida tenía como objeto la prestación de cosa genérica lo que llevó a la doctrina de forma unánime, *vid.*, por todos a ALBALADEJO GARCÍA, M., a señalar en relación al párrafo segundo del artículo 1096 que «piensa, quizás, la ley en que la cosa genérica haya de ser obtenida fuera del patrimonio del deudor. Mas, existiendo en éste, parece innegable que puede ser pedida su entrega directa, al igual que en el caso del art. 1.096, 1.º. Al fin y al cabo tal entrega sería también "cumplir la obligación a expensas del deudor", de cuyo patrimonio se toma la cosa "*in natura*"», *Derecho Civil. II. Derecho...*, *op. cit.*, notal al pie núm. 4, p. 196.

optar por exigir su equivalente pecuniario con independencia de la indemnización de los demás daños producidos.

c) La ejecución forzosa de las obligaciones de hacer (artículos 1098 del CC y 705 a 709 de la LEC)¹³⁶. El párrafo primero del artículo 1098 dispone que *«si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa»*, añadiendo el párrafo segundo, para el supuesto de que el deudor cumpla de forma defectuosa, que *«esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho»*. Contempla el precepto dos supuestos distintos de insatisfacción del acreedor: incumplimiento total y cumplimiento defectuoso.

La LEC, en la ejecución de las obligaciones de hacer, distingue entre las de hacer no personalísimo (artículo 706), las de emisión de una declaración de voluntad (artículo 708) y las de hacer personalísimo (artículo 709).

En primer lugar, y en virtud del artículo 705 *«el tribunal requerirá al deudor para que -realice la prestación correctamente- dentro de un plazo que fijará según la naturaleza del hacer y las circunstancias que concurren»*; por lo que se le concede un plazo de cumplimiento voluntario. Si en tal plazo, el deudor no realiza de *motu proprio* la prestación de hacer no personalísimo *«el ejecutante podrá pedir que se le faculte para encargarlo a un tercero, a costa del ejecutado, o reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios»*. Esta opción concedida al acreedor es una novedad respecto a la normativa anterior y supone una quiebra del carácter prioritario de la pretensión específica sobre la indemnización de los daños y perjuicios, salvo que *«el título contenga una disposición expresa para el caso de incumplimiento del deudor»*, en cuyo caso se *«estará a lo dispuesto en aquél»* (párrafo primero del artículo 706). Si el acreedor opta porque la prestación sea realizada por un tercero a costa del deudor, *«se valorará previamente el coste de dicho hacer por un perito tasador*

¹³⁶ ORTELLS RAMOS, M., «La ejecución de prestaciones...», *op. cit.*, pp. 303 a 316.

designado por el tribunal y, si el ejecutado no depositase la cantidad que el tribunal apruebe mediante providencia o no afianzase el pago, se procederá de inmediato al embargo de bienes y a su realización forzosa hasta obtener la suma que sea necesaria». Si por el contrario, el acreedor opta por la indemnización de los daños y perjuicios, se cuantificarán «conforme a lo previsto en los artículo 712 y siguientes» (párrafo segundo del artículo 706).

A diferencia de la anterior regulación procesal, la actual regula la ejecución forzosa de las condenas a la emisión de una declaración de voluntad en el artículo 708¹³⁷, admitiéndose la sustitución de la voluntad del ejecutado por la del Tribunal, y ello, siempre y cuando «*estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio*». Por el contrario, si los elementos esenciales no estuviesen predeterminados «*procederá la ejecución por los daños y perjuicios causados al ejecutante*»¹³⁸.

Por último, para el supuesto de una condena de hacer personalísimo (artículo 709)¹³⁹, una vez que haya transcurrido el plazo para que el ejecutado realice la prestación de forma voluntaria, y siempre y cuando no contenga el título ejecutivo una norma expresa para el supuesto de incumplimiento, el acreedor «*podrá optar entre pedir que la ejecución siga adelante para entregar a aquél un equivalente pecuniario de la prestación de hacer o solicitar que se apremie al ejecutado con una multa -de forma similar a los “astreintes”- por cada mes que transcurra sin llevarlo a cabo desde la finalización del plazo*»¹⁴⁰.

¹³⁷ ORTELLS RAMOS, M., «La ejecución de prestaciones...», *op. cit.*, pp. 321 a 328.

¹³⁸ Díez-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., «Así por ejemplo, el juez podrá sustituir al deudor que se niega a otorgar la escritura pública de venta de un piso específico que yo he comprado por un precio estipulado, pero no suplir mi consentimiento matrimonial si yo me niego a cumplir la promesa de matrimonio», *Instituciones de...*, *op. cit.*, p. 173.

¹³⁹ ORTELLS RAMOS, M., «La ejecución de prestaciones...», *op. cit.*, p. 173 pp. 316 a 321.

¹⁴⁰ Sobre la implantación de los *astreintes* en el Derecho español y su adopción por el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de Pavía, *vid.*, YZQUIERDO TOLSADA, M., «Consecuencias del incumplimiento. En particular, reflexiones sobre los remedios solutorios por el equivalente, los remedios resarcitorios y ciertas medidas de presión sobre el deudor incumplidor», *Código Europeo de Contratos*, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía),

Si el ejecutante opta por proseguir con el procedimiento, la obligación primitiva se transforma en la de «*obtener el equivalente pecuniario*» y «*en la misma resolución se impondrá al ejecutado una única multa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 711*». Por el contrario, si el ejecutante opta por intentar obtener la prestación personalísima inicialmente pactada, se forzará al ejecutado indirectamente mediante el apremio de multas «*hasta que se cumpla un año desde el primero. Si al cabo del año, el ejecutado continuare rehusando hacer lo que dispusiese el título, proseguirá la ejecución para entregar al ejecutante un equivalente pecuniario de la prestación o para la adopción de cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante y que, a petición de éste y oído el ejecutado, podrá acordar el tribunal*».

De las distintas formas de proceder en la práctica la ejecución de las obligaciones de hacer, se colige que el carácter prioritario o preferente de la ejecución forzosa se puede encontrar atenuado por su propia naturaleza, y ello, porque salvo que la prestación pueda ser realizada por un tercero por ser fungible la persona que realice la prestación o por sustitución de la declaración de voluntad por el tribunal, difícilmente se podrá obtener el cumplimiento específico pactado contra la voluntad del deudor en virtud del principio de la incoercibilidad o inderogabilidad de la libertad del deudor. Del tradicional *nemo potest proecise cogi ad factum*¹⁴¹, deriva, como señala DORAL GARCÍA, que «la obligación de hacer lleva consigo la dificultad de su inherencia a la persona, a la libertad, que o no puede ser coaccionada ni sustituida, realizada a través de actividad sustitutiva, o es más difícil de sustituir que en otras prestaciones que tienen por contenido normal el dinero»¹⁴². A ello debe añadirse la opción que se le concede al acreedor en las obligaciones no personalísimas, pudiendo bien reclamar la realización de la prestación por un tercero a expensas del deudor, bien reclamar la indemnización de los daños y perjuicios; o en el caso de las

Tomo II, Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, (dirigido por Carlos Vattier, José M^a. de la Cuesta y José M^a Caballero), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 446 a 451.

¹⁴¹ En relación a la regla *nemo ad factum praecise cogi potest*, vid., CAPILLA RONCERO, F., *La Responsabilidad patrimonial...*, op. cit., pp. 141 a 146.

¹⁴² DORAL GARCÍA, J.A., «Reparación y sanción...», op. cit., p. 595.

personalísimas, pudiendo bien reclamar el equivalente pecuniario de la prestación, o bien mediante el apremio de multas pecuniarias intentar obtener la prestación primitivamente convenida. De la misma forma que mediante la incoercibilidad del deudor se protege su libertad de cumplir o no cumplir, también se protege al acreedor cuando la obligación de hacer incumplida es personalísima, disponiendo el artículo 1161 del Código civil que *«en las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación»*.

d) La ejecución forzosa de las obligaciones de no hacer (párrafo segundo del artículo 1098 y el 1099 del CC y 710 a 711 de la LEC)¹⁴³. Previene el artículo 1099 que *«lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo anterior se observará también cuando la obligación consista en no hacer y el deudor ejecutare lo que le había sido prohibido»*, en el supuesto de que no se pueda deshacer lo mal hecho a costa del deudor, el acreedor no tendrá más opción que obtener una indemnización de daños. La condena del incumplimiento de las obligaciones de no hacer se contempla en el artículo 710 *«1. Si el condenado a no hacer alguna cosa quebrantare la sentencia, se le requerirá, a instancia del ejecutante, para que deshaga lo mal hecho si fuera posible, indemnice los daños y perjuicios causados y, en su caso se abstenga de reiterar el quebrantamiento... 2. Si, atendida la naturaleza de la condena de no hacer, su incumplimiento no fuera susceptible de reiteración y tampoco fuera posible deshacer lo mal hecho, la ejecución procederá para resarcir al ejecutante por los daños y perjuicios que se le hayan causado»*.

2.3.4. Conclusión

Como ya se ha indicado, si bien los países de *Civil Law*, salvo algunas excepciones, admiten con carácter general la pretensión de cumplimiento o

¹⁴³ ORTELLS RAMOS, M., «La ejecución de prestaciones...», *op. cit.*, pp. 328 a 338.

cumplimiento *in natura*, y los países de *Common Law* admiten con carácter general la indemnización de los daños y perjuicios, y sólo en determinados supuestos en los que dicho remedio se manifiesta inadecuado aplican el *specific performance*, la práctica demuestra cómo en realidad las posturas no resultan tan antagónicas. Pues, no son pocos los supuestos en los que ambos sistemas ofrecen idénticas soluciones, si bien es verdad que partiendo de reglas generales opuestas.

Centrándonos en el Derecho español, del que ya se ha dicho que la pretensión de cumplimiento tiene prioridad sobre el resto de remedios, se observa cómo en la práctica los Tribunales, en más supuestos de los que pudiera parecer *a priori*, teniendo en cuenta cuál es la regla general, se encuentran obligados a resolver los incumplimientos contractuales en última instancia en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios. Esta transformación de la obligación de cumplimiento específico en el pago de una cantidad económica como compensación o como indemnización de los daños y perjuicios tiene como principales destinatarias: las obligaciones de dar cosa mueble o inmueble determinada o específica en los casos en los que no se encuentre en el patrimonio del deudor, y en las obligaciones de hacer personalísimo o no.

2.4. Las soluciones adoptadas en el Derecho uniforme anterior a los PECL

Como se ha indicado, existe una diferencia fundamental en la estructura y sistemática del Derecho de los contratos entre los sistemas de *Civil Law* y de *Common Law*, que deriva de las distintas perspectivas que tienen al configurar las obligaciones que nacen de ellos. Los sistemas de *Civil Law*, ante el incumplimiento, ponen el énfasis, como remedio prioritario, en la exigencia de cumplimiento o cumplimiento específico o *in natura*, teniendo la acción de indemnización de daños y perjuicios un carácter subsidiario o secundario, y ello, porque en tales sistemas el contrato genera un vínculo jurídico que

establece deberes. Los contratos nacen para ser cumplidos en todos sus términos (*pacta sunt servanda*). Por el contrario, en el Derecho angloamericano, donde el contrato es concebido sobre la base de asegurar o garantizar al acreedor un resultado, el remedio general es la indemnización de los daños; y sólo de forma residual o excepcional podrán los tribunales decretar el cumplimiento específico. Ello tendrá lugar por razones de equidad, es decir, cuando la indemnización se manifiesta como un remedio inadecuado para satisfacer el derecho lesionado¹⁴⁴.

Ante tales divergencias, aparecen los primeros intentos armonizadores del Derecho de los contratos, ya que aquéllas, no obstante parecer insalvables en la teoría, no son tan irreconciliables en la práctica¹⁴⁵.

2.4.1. En la CISG

En la CISG, el análisis de la posición que ocupan los diferentes remedios ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales, en particular el *specific performance* y *damages*, parte de lo dispuesto en el artículo 45 en relación a los derechos y acciones del comprador y, de forma similar, en el artículo 61 para los del vendedor¹⁴⁶.

¹⁴⁴ LANDO, O., «In the civil law systems the right to obtain specific performance of goods sold is the natural remedy in case of non-performance by a party; this right can be denied the aggrieved party only in exceptional cases. In the common law systems the claim for damages is the primary remedy available to the aggrieved party. Specific performance is granted only exceptionally at the court's discretion as an equitable relief», «Commentary Art. 28»..., *op. cit.*, p. 232. Igualmente sobre la diferente posición de la ejecución del cumplimiento y la indemnización de los daños contractuales en las dos familias del Derecho y la diferente forma de concebir las relaciones obligatorias derivadas de los contratos, *vid.*, entre otros: DíEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 318 y 319 y CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Comentario al artículo 28», *op. cit.*, pp. 230 y 231.

¹⁴⁵ LANDO, O., «Commentary Art. 28»..., *op. cit.*, pp. 233 y 234.

¹⁴⁶ ¿Que solución adopta la ULIS ante el incumplimiento del contrato por cualquiera de las partes? ¿Exigirá el cumplimiento de la prestación en los términos pactados o se inclinará por una indemnización? La compleja y entrecruzada sistemática empleada en la elaboración de la ULIS hace ineludible acudir al incumplimiento de cada tipo de obligación para desenterrar el criterio general adoptado. El incumplimiento de las obligaciones del vendedor relativas a la

fecha y lugar de entrega de las mercaderías (artículos 25 a 32) conlleva la posibilidad de exigirle, según el artículo 24, la ejecución del contrato o su resolución, pudiendo también exigir, en los supuestos previstos en los artículos 82 y 84 a 87, la indemnización de los daños y perjuicios. El artículo 24 parece situar a los medios de tutela enumerados en un mismo plano, sin establecer jerarquía alguna entre los mismos; por lo que parece inclinarse por la postura propia de los Derechos continentales, ya que no concibe el derecho a la ejecución del contrato como algo excepcional. En relación a la exigencia de la ejecución del contrato por el comprador en la ULIS, *vid.*, entre otros, HONNOLD, J.O., «ULIS gave the buyer broad grounds to require performance by the seller in Arts. 24(1)(a) (date and place of delivery), 26(1) and 27(1) (date of delivery); 30(1) and 31 (place of delivery); 41(1)(a) (non-conformity of goods); 42 (remedying defects, delivering goods or missing parts) 55(2) (other obligations)», *Uniform Law...*, *op. cit.*, p. 304.

No obstante lo anterior, existe una importante excepción a la regla general del artículo 24 que deriva de lo establecido por el artículo 25 *«el comprador no tiene derecho a exigir la ejecución del contrato por el vendedor, si la adquisición de bienes que reemplacen a los del contrato resulta conforme a los usos y es razonablemente posible. En este caso el contrato será rescindido de pleno derecho a partir de la fecha en que dicha adquisición se hubiera podido efectuar»*. En este sentido afirma LANDO, O., que «article 25 of ULIS made an important exception to the rule on specific performance in Article 24. It provided that the buyer is not entitled to require specific performance of the contract by the seller, if it would be in conformity with usage and reasonably possible for the buyer to purchase goods to replace those to which the contract related», «Commentary Art. 28»..., *op. cit.*, p. 233.

En la misma línea seguida por el artículo 24, los artículos 41 -para el supuesto de disconformidad del comprador con las mercaderías entregadas por el vendedor- y 55 -para el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones no establecidas en los artículos 20 a 53-, sitúan en un mismo plano los remedios ejercitables ante el derecho de crédito lesionado.

Por lo que respecta a las obligaciones del comprador, fundamentalmente son dos: el pago del precio (artículos 57 a 60) y la recepción de las mercaderías (artículos 65 a 68). La ausencia del pago conlleva, como regla general, que *«el vendedor tiene derecho de exigirle el cumplimiento de su obligación»* (artículo 61.1). Si bien tal exigibilidad del precio al comprador no podrá ejercitarse por el vendedor cuando fuera razonablemente posible y de conformidad con los usos revender los bienes o las mercancías. Excepción al derecho al cumplimiento que se articula de forma similar a la establecida en el artículo 25 para el comprador. De producirse la reventa u operación de reemplazo en las condiciones establecidas, el primitivo contrato se resuelve, pudiendo exigirle el vendedor al comprador incumplidor la reparación de los daños y perjuicios irrogados (artículo 61.2). Por último, el artículo 70 establece los remedios que puede ejercitar la parte vendedora ante el incumplimiento del comprador de otras obligaciones diferentes del pago del precio y de la recepción de las mercancías. Tales obligaciones se encuentran reguladas en el artículo 69, que supone una especie de cajón de sastre similar al artículo 54. Artículo 70 de la ULIS *«1. Si el comprador no cumple con cualquiera obligación, salvo las señaladas en las secciones I y II de este capítulo, el vendedor puede: a) Si el incumplimiento constituye una transgresión esencial del contrato, declarar la resolución de éste siempre que lo haga dentro de un plazo breve, y demandar indemnización de daños y perjuicios en los términos de los artículos 84 a 87, o bien, b) En cualquier otro caso, demandar daños y perjuicios en los términos del artículo 82. 2. El vendedor puede también exigir al comprador el cumplimiento de su obligación, a menos que el contrato se resuelva»*.

Junto a las dos excepciones a la exigencia de cumplimiento del contrato reguladas por los artículos 25 y 61.2, existe una de gran importancia en el artículo 16 que dispone que *«cuando de acuerdo con las estipulaciones de la presente Ley una de las partes contratantes tiene el derecho de exigir a la otra el cumplimiento de una obligación, el tribunal no estará obligado a resolver la ejecución en especie, o hacer ejecutar una resolución que resuelva la ejecución en especie si no es de conformidad con las disposiciones del artículo VII de la*

El artículo 45 dispone, en una panorámica general, que el comprador ante el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de sus obligaciones podrá

Convención de 1 de julio de 1964 relativa a la Ley uniforme sobre la Venta Internacional de Mercaderías».

A su vez, el artículo VII citado establece que «1. Cuando de acuerdo con las estipulaciones de la Ley uniforme, una parte de un contrato de venta tenga derecho a exigir el cumplimiento de cualquier obligación de la otra parte, un tribunal no estará obligado a emitir o ejecutar una decisión sobre el cumplimiento específico, salvo en los casos en que tuviera que hacerlo de acuerdo a su propia Ley y respecto a contratos semejantes de venta que no estuvieran regulados por la Ley uniforme. 2. Las disposiciones del inciso 1 de este artículo no afectarán las obligaciones del país Contratante que deriven de cualquier Convención celebrada o que se celebre y que se refiera al reconocimiento y ejecución de sentencias, laudos y otras resoluciones formales que tengan la misma fuerza».

Del tenor de los preceptos anteriores deriva una importante limitación al ejercicio de la exigencia del cumplimiento, puesto que si bien la ULIS recoge en líneas generales como un medio más de defensa del crédito exigir el cumplimiento, en última instancia será la *lex fori* la que determine su efectividad o no. Téngase en cuenta que los tribunales de los países de *Civil Law* sí se encuentran autorizados para exigir el cumplimiento y su Derecho procesal se haya adecuado a dar efectividad al mismo; por el contrario, los tribunales de los países de *Common Law* no se encuentran autorizados para ordenar dicho cumplimiento y por tanto su Derecho procesal no contempla las normas concretas para hacer efectivo el mismo, y sólo residualmente y de forma principal cuando se trate de obligaciones incumplidas de carácter pecuniario o por razones de equidad, pueden ordenar tal cumplimiento. La norma contemplada en los artículos anteriores es tributaria de una solución de compromiso entre los dos sistemas jurídicos, pero no responde a una finalidad puramente unificadora, ya que su contenido obedece más bien al de una norma de conflicto que al de una norma estándar para todos los países. Con la expresión «no estará obligado» se evita imponer –que no estén obligados no significa que no puedan exigir el cumplimiento– a los tribunales del *Common Law* la adopción de soluciones diferentes a las que dictarían en relación a contratos de venta semejantes en el ámbito doméstico. HONNOLD, J.O., indica que «the 1964 Convention was clearly understood to invoke the rules on specific performance of the forum. The 1956 Draft, on which this action at the 1964 Conference was based, provided (Art.27) that the buyer's right to specific performance depended on whether this was "possible and permitted by the municipal law of the Court in which the action is brought." Article 72 used similar language with respect to price recovery by the seller. The Special commission that prepared this draft, in responding to comments by governments, emphasized that the draft referred to -lex fori- the rules in force in the country "where performance is sought."», *Uniform Law...*, *op. cit.*, p. 224. Sobre la *lex fori* como límite a la exigibilidad del cumplimiento, *vid.*, entre otros, LANDO, O., «Commentary Art. 28»..., *op. cit.*, pp. 232 y 233.

Debe tenerse en cuenta que si bien el artículo 16 y el inciso primero del artículo VII no obligan a los tribunales a ordenar el cumplimiento, concediéndoles una libertad que no es absoluta, porque el inciso segundo deja a salvo lo que pudieran disponer Convenciones ya realizadas o que se pudieran celebrar en el futuro en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias, laudos y otras resoluciones que tengan la misma fuerza. LANDO, O., afirma que el «article 16 of ULIS and Article VII (1) of the Convention relating to ULIS gave the court the freedom not to enforce a (foreign) judgement for specific performance. This freedom was curtailed by Article VII (2) of that Convention which provided that Article VII (1) should not affect the obligations of a Contracting State resulting from any convention concerning the recognition and enforcement of judgments. Article 28 of the present Convention does not raise the issue of enforcement of foreign judgments. It only concerns the freedom of the courts not to enter a judgment for specific performance», «Commentary Art. 28»..., *op. cit.*, p. 238.

ejercitar los derechos dispuestos en los artículos 46 a 52 [párrafo primero a) del artículo 45],¹⁴⁷ y ello, ha sido duramente criticado por la doctrina más autorizada por dos motivos: su falta de exhaustividad al omitir toda referencia a los artículos 71 y ss. relativos a las acciones y derechos ante el incumplimiento de las obligaciones surgidas de los contratos con entregas sucesivas de mercaderías¹⁴⁸; y la exigencia del resarcimiento de los daños y perjuicios de conformidad con los preceptos 74 a 77¹⁴⁹ [párrafo primero b) del artículo 45]¹⁵⁰. Por último, el párrafo segundo del artículo 45 dispone la plena compatibilidad de la indemnización de los daños y perjuicios con cualquier otro remedio que la parte compradora pueda ejercitar ante el incumplimiento¹⁵¹. La posición del

¹⁴⁷ Los artículos 46 sobre la exigencia de cumplimiento, 47, 48 y 49 en relación a la resolución del contrato, 50 acerca de la reducción del precio, 51 relativo a los derechos y acciones aplicables sólo a una parte de las mercaderías y por último, el artículo 52 referente a las entregas anticipadas o excesivas en cantidad.

¹⁴⁸ Vid., por todos: CALVO CARAVACA, A.L., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «Capítulo II. El contrato de compraventa internacional de mercancías», en AA. VV., *Contratos Internacionales*, (directores Alfonso L. Calvo Caravaca y Luis Fernández de la Gándara, coord. Pilar Blanco-Morales Limones), Tecnos, Madrid, 1997, p. 279; LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., «Comentario a los artículos 45...», *op. cit.*, p. 407 y WILL, M., «Commentary Art. 45», en AA. VV., *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention*, (By C.M. Bianca y M.J. Bonell, coord. by M.J. Bonell), Giuffrè, Milán, 1987, p. 330.

¹⁴⁹ Vid., las clasificaciones de los remedios realizadas por ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, p. 197, en función de su carácter común o específicas de comprador y vendedor; y de GARRO, A.M., ZUPPI, A.L., en función de la finalidad perseguida por los mismos, *Compraventa internacional de mercaderías*, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 1990, p. 232.

¹⁵⁰ Los dos párrafos citados del artículo 45, si bien tienen una función diferente, uno, declarativo de los medios de tutela ejercitables, y otro, constitutivo de la indemnización de los daños y perjuicios, al establecer la base legal de su exigencia, sitúan a los remedios en un mismo plano, en una misma posición, sin conceder preferencia a unos sobre otros. Como señalan ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P. «no existe en la Convención una jerarquía entre las distintas acciones que se pueden solicitar por incumplimiento», *Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, p. 198. De lo anterior deriva que la CISG no conceda en línea de principio y con carácter general una posición privilegiada a unos remedios sobre otros. Si bien existen, además de ciertas limitaciones, determinadas ventajas o desventajas que deberán ser tenidas en consideración por la parte que las ejercite en orden a elegir, en la medida de lo posible, la acción que mejor se adecue a sus necesidades.

¹⁵¹ Sobre la acumulación o compatibilidad de la pretensión indemnizatoria con cualquier otro remedio en la línea seguida por el *Code français* y por el *Common Law*, *vid.*, entre otros: HUBER, U., «Commentary Art. 45», en AA. VV., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Second Edition (in translation), (Edited by Peter Schlechtriem Translated by Geoffrey Thomas), Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 356; LÓPEZ Y

remedio resarcitorio dentro del sistema de responsabilidad contractual diseñado por la CISG, resulta cuando menos peculiar. Por un lado, se podría instar de forma alternativa en determinados supuestos, cuando por cualquier circunstancia no se pueda ejercitar otro remedio; por otro lado, se puede ejercitar de forma cumulativa con todos al no ser incompatible con ninguno. De su ejercicio, alternativo o cumulativo, también se deriva que no sea una acción ni subsidiaria ni tampoco privilegiada. Si bien debe tomarse en consideración, que en unos casos por razones de política económica (acudir al mercado para adquirir mercancías similares en parecidos términos económicos a los pactados, para evitar los perjuicios de un cumplimiento tardío o forzado del que se niega a cumplir), y en otros, por las limitaciones propias de los demás remedios, hacen aconsejable en la práctica acudir como remedio principal a la indemnización de los daños y perjuicios¹⁵². El artículo 61 dispone las acciones y derechos que puede ejercitar el vendedor por el incumplimiento del comprador. El vendedor podrá ejercitar los derechos establecidos en los artículos 62 a 65: la pretensión de cumplimiento, la resolución del contrato y la realización de la especificación que correspondía al comprador (párrafo primero a) y el resarcimiento de los daños y perjuicios de conformidad a los artículos 74 a 77 (párrafo primero a) del artículo 61). Igualmente se contempla la compatibilidad del remedio indemnizatorio con los demás (párrafo segundo del artículo 61).

No obstante tener a priori las partes libertad de elección, y siempre en el entendimiento de que se cumplan los requisitos particulares de cada remedio, resulta preciso descender a la regulación concreta del *specific performance* para apreciar su operatividad práctica. A la regulación del cumplimiento

LÓPEZ, A.M., «Comentario a los artículos 45...», *op. cit.*, pp. 410 y 411; WILL, M., «Commentary Art. 45», *op. cit.*, p. 331. La compatibilidad de la pretensión indemnizatoria con los demás remedios no es una cuestión ausente de discrepancias en muchos de los Ordenamientos nacionales. En nuestro Derecho la cuestión se ha suscitado en torno al interés, positivo o negativo, que debe ser protegido por la indemnización de los daños cuando concurre con la resolución del contrato, *vid.*, al respecto, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Comentario a los artículos 61...», *op. cit.*, p. 495.

¹⁵² En relación a la posición de la indemnización de los daños y perjuicios en la CISG, *vid.*, las interesantes reflexiones de ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, pp. 198 y 199.

específico se dedican en la CISG, el artículo 46 para su ejercicio por el comprador y el 62 para el vendedor, teniendo vital importancia lo dispuesto por el artículo 28, que concede un papel fundamental a los tribunales nacionales en orden a la obligatoriedad o no de imponer el cumplimiento específico a las controversias que se les sometan, estableciendo el ámbito de aplicación territorial de la pretensión de cumplimiento en función de lo establecido por la *lex fori*.

El artículo 46 en su párrafo primero consagra el principio general de que el comprador que sufre el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que incumben al vendedor podrá exigir el cumplimiento específico. Exigencia que, además de ser fiel reflejo del principio adoptado por los países de tradición continental, se haya inspirada por un lado, en garantizar la conservación del contrato, que es regla general de política legislativa que impregna todo el sistema responsabilidad contractual en la CISG¹⁵³. Lo último que desearían los redactores del texto vienes serían las graves consecuencias desfavorables que pudieran derivarse de la resolución del contrato. De otro lado, ante el incumplimiento, ningún otro remedio satisfaría más a la parte defraudada que obtener aquello que pactó en el contrato. De la regla general deriva que ante el incumplimiento de cualquier obligación, ya sea principal o subsidiaria, el comprador podrá exigir la entrega de las mercaderías; facultad de cumplimiento a la que se le confiere carácter alternativo respecto a otros medios de defensa del crédito lesionado como la reducción del precio y la resolución del contrato¹⁵⁴. A continuación de la regla general de cumplimiento específico, se regulan en los párrafos segundo y tercero¹⁵⁵, como señala LÓPEZ Y LÓPEZ¹⁵⁶,

¹⁵³ El antecedente más próximo al artículo 46 de CISG se encuentra en el artículo 42 del Proyecto de la Convención de 1978, cuyos párrafos primero y segundo son idénticos a los de aquél. El párrafo tercero del artículo 46, referente a la facultad de subsanación de las mercancías defectuosas fue añadido en la Conferencia Diplomática que aprobó la CISG.

¹⁵⁴ «En el párrafo 1) se reconoce que, después del incumplimiento de una obligación por el vendedor, la principal preocupación del comprador suele ser que el vendedor cumpla el contrato en la forma en que prometió originalmente», Comentarios sobre el artículo 42 del Proyecto de Convención de la Secretaría.

¹⁵⁵ Expuesta ya la regla general del párrafo primero del artículo 46, los párrafos segundo y tercero, teniendo como presupuesto la entrega de mercancías no conformes al contrato, regulan dos modalidades específicas de exigencia del cumplimiento: la de entrega de otras mercancías en sustitución de las defectuosas, y la subsanación o reparación de los defectos.

El párrafo segundo establece que «si las mercaderías no fueran conformes al contrato, el comprador podrá exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de aquellas, sólo si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato y la petición de sustitución de las mercaderías se formula al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento». Esta específica modalidad de exigencia de cumplimiento, parte del supuesto de hecho de que la falta de conformidad de las mercancías entregadas constituya un incumplimiento esencial del contrato. Por tanto, la simple disconformidad de las mercancías entregadas en relación con las pactadas en el contrato, no otorgará a la parte compradora el derecho a solicitar el cumplimiento específico, sino que tal disconformidad deberá estar acompañada por el carácter esencial definido por el artículo 25. La ratio del párrafo obedece al deseo de los redactores del texto vienés de huir de los graves perjuicios, cargas y gastos que conllevarían para el vendedor la obligación de sustituir unas mercancías levemente disconformes con las pactadas en relación al perjuicio irrogado al comprador. En última instancia, nos situamos ante un principio de proporcionalidad del reproche al vendedor en relación con su incumplimiento. La exigencia de mercaderías de sustitución se configura como una alternativa a la solicitud de resolución del contrato. El comprador puede optar entre la resolución o la entrega de nuevas mercaderías; solución ésta última que, aun pudiendo ser costosa para el vendedor, responde al principio de conservación del contrato. Sobre el derecho a exigir mercaderías de sustitución por el comprador, vid., entre otros: CALVO CARAVACA, A.L., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «Capítulo II. El contrato de...», *op. cit.*, p. 282; HONNOLD, J.O., *Uniform Law...*, *op. cit.*, pp. 306 y 307; HUBER, U., «Commentary Art. 46...», *op. cit.*, pp. 361 a 364; ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, pp. 200 y 201; LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., «Comentario a los artículos 45...», *op. cit.*, p. 418; SAN JUAN CRUCELAEGUI, J., *Contrato de...*, *op. cit.*, pp. 222 y 223; VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *Compraventa internacional de Mercaderías. Una Visión Jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 220. Del tenor literal del párrafo segundo deriva una importante diferencia en relación con la exigencia de mercaderías sustitutivas en la ULIS. El artículo 42 del texto de La Haya, ante la presencia de mercaderías no conformes establece que «1. El comprador puede exigir del vendedor el cumplimiento del contrato: a) Si la venta se refiere a cosas que deben ser producidas o manufacturadas por el vendedor, mediante la reparación de ellas, siempre que el vendedor esté en posibilidad de efectuar dicha reparación. b) Si la venta se refiere a un cuerpo cierto, mediante la entrega de la cosa prevista en el contrato o de la parte de ella que falte. c) Si la venta se refiere a cosas genéricas, mediante la entrega de otras cosas que sean conformes al contrato o mediante la entrega de la parte o de la cantidad faltantes, a menos que la compra de cosas en sustitución sea razonable posible y esté conforme a los usos. 2. Si el comprador no obtiene, dentro de un plazo razonable, el cumplimiento del contrato, conserva los derechos mencionados en los artículos 43 a 46». No condiciona, a diferencia del párrafo segundo del artículo 46 de la CISG, el derecho a solicitar la sustitución de las mercaderías defectuosas a que constituya un incumplimiento esencial. Condición o limitación que sí han establecido los redactores del texto vienés al tomar conciencia de que lo contrario podría conllevar la exigencia de nuevas mercaderías ante defectos no sustanciales o menores.

El párrafo tercero dispone que «si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir al vendedor que las repare para subsanar la falta de conformidad, a menos que ésto no sea razonable, habida cuenta de todas las circunstancias. La petición de que se reparen las mercaderías deberá formularse al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento». Se consagra así el

derecho del comprador a la reparación de las mercaderías defectuosas, con mayor coherencia y solidez respecto a la sustitución de mercaderías defectuosas; máxime si el vendedor dispone de servicios técnicos o si la reparación sólo implica la subsanación de una pieza defectuosa por otra y en mayor sintonía con la economía jurídica que impregna a la CISG. En el artículo 42 del Proyecto de la Convención, antecedente más próximo al actual artículo 46 de la CISG, no se contemplaba la posibilidad de reparar las mercaderías defectuosas. Fue en la propia Conferencia Diplomática, donde se tomó conciencia de los gastos desproporcionados que se podrían causar al vendedor ante la solicitud por el comprador de la sustitución de mercaderías con defectos sin excesiva importancia, por lo que se optó, incluyendo el párrafo tercero, por la obligación de reparar los defectos como un mal menor. De la literalidad del párrafo, se observa que dos son las notas características de la obligación de reparar: su exigencia no se haya condicionada por la esencialidad del incumplimiento, pero sí a un juicio de razonabilidad en atención a las circunstancias concurrentes. El juicio de razonabilidad tiene una función limitadora de la exigencia de reparación del comprador, pudiendo éste reparar los defectos cuando resulte más fácil y menos costoso para el vendedor; por ejemplo, en el supuesto de que no disponga de servicios técnicos en el lugar donde se hubieran entregado las mercaderías, exigiendo al vendedor una compensación económica por los gastos realizados. Sobre el derecho a la reparación de las mercaderías defectuosas, *vid.*, entre otros: CALVO CARAVACA, A.L., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «Capítulo II. El contrato de...», *op. cit.*, pp. 282 y 283; HONNOLD, J.O., *Uniform Law...*, *op. cit.*, pp. 306 y 307; ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, pp. 200 y 201; LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., «Comentario a los artículos 45...», *op. cit.*, p. 421; SAN JUAN CRUCELAEGUI, J., *Contrato de...*, *op. cit.*, p. 223; VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *Compraventa internacional...*, *op. cit.*, pp. 220 y 221.

La parte final de los párrafos segundo y tercero concluye estableciendo un límite temporal para comunicar la disconformidad con las mercaderías entregadas. La petición de sustitución o de subsanación, según los casos «*se formula al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento*». El comprador tiene dos vías para pedir la sustitución o la reparación. La regulada en el artículo 39 «1) *El comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto.* 2) *En todo caso, el comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor en un plazo máximo de dos años contados desde la fecha en que las mercaderías se pusieron efectivamente en poder del comprador, a menos que ese plazo sea incompatible con un período de garantía contractual*». Y cuenta, igualmente, con un plazo razonable desde que se comunicó la falta de conformidad. El artículo 39¹⁵⁵ sólo impone al comprador la puesta en conocimiento al vendedor que las mercaderías no son conformes; pudiendo aquél optar libremente por comunicar también el remedio al que va a acudir, o dejando dicha elección para un momento posterior; pero siempre dentro de un plazo razonable a contar desde la comunicación de la disconformidad. Acerca de la denuncia de la falta de conformidad, *vid.*, entre otros: CALVO CARAVACA, A.L., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «Capítulo II. El contrato de...», *op. cit.*, pp. 281 y 282; MORALES MORENO, A.M., «Comentario al artículo 39 de la CISG», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 335 a 347.

Sobre la interpretación que nuestros Tribunales han realizado del artículo 39 de la CISG, sobre la razonabilidad del plazo de comunicación de la disconformidad de las mercaderías, *vid.*, por todas las sentencias: de 12 de septiembre de 2001 de la AP de Barcelona (Sección 4ª), ponente Dª. Mercedes Hernández Ruiz-Olalde (RJ 2001, 314179); de 21 de junio de 2002 de la AP de La Coruña (Sección 6ª), ponente Dª. Mª. del Carmen Vilariño López (RJ 2002, 251629); y de 3 de octubre de 2002 de la AP de Pontevedra (Sección 6ª), ponente Dª. Magdalena Fernández Soto (RJ 2002, 1851).

dos modalidades concretas de cumplimiento específico, la exigencia de sustitución de las mercancías defectuosas, siempre que tales defectos constituyan un incumplimiento esencial, y la reparación de los defectos que no quebranten esencialmente el contrato¹⁵⁷. Del tenor conjunto de todo el artículo 46, se colige que el comprador frustrado podrá exigir del vendedor la entrega de las mercancías cuando ninguna hubiera recibido y la sustitución y reparación de las entregadas que sean defectuosas, así como el cumplimiento de cualquiera otra obligación que no se haya cumplido. La ubicación de la regulación del cumplimiento *in natura* encabezando el elenco de remedios que puede ejercitar el comprador frente al vendedor, a lo que cabría añadir la satisfacción que obtendría la parte perjudicada por el cumplimiento en los estrictos términos pactados en el contrato¹⁵⁸, podría conducir al error, como indican ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS, de considerar que el cumplimiento forzoso es un remedio privilegiado; apariencia que pronto aparece desvirtuada ante los presupuestos y límites a los que se halla condicionado su ejercicio¹⁵⁹.

Una importante diferencia del ejercicio de la pretensión de cumplimiento en la CISG se encuentra en la ausencia de un artículo parecido al 25 de la

¹⁵⁶ LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., «Comentario a los artículos 45...», *op. cit.*, p. 415.

¹⁵⁷ Sobre una detallada disección del artículo 46, *vid.*, entre otros: CALVO CARAVACA, A.L., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «Capítulo II. El contrato de...», *op. cit.*, pp. 280 a 283; GARRO, A.M., ZUPPI, A.L., *Compraventa internacional...*, *op. cit.*, pp. 182 a 187; HONNOLD, J.O., *Uniform Law...*, *op. cit.*, pp. 279 a 286; ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, pp. 199 a 201; LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., «Comentario a los artículos 45...», *op. cit.*, pp. 415 a 423; SAN JUAN CRUCELAEGUI, J., *Contrato de...*, *op. cit.*, pp. 221 a 223; VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *Compraventa internacional...*, *op. cit.*, pp. 218 a 221.

¹⁵⁸ Con relación a los fines a los que sirve la exigencia de cumplimiento del artículo 46, así como sus ventajas y riesgos, indican CALVO CARAVACA, A.L., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., que «pese al riesgo de abusos que entraña, dada la posibilidad de que el comprador haga un uso indebido de ella (exigiendo p. ej. al vendedor la ejecución forzosa de una obligación de entregar mercancías, que han dejado ya de fabricarse), ofrece indudables ventajas sobre todo en supuestos de suministro en exclusiva -en los que la interrupción del contrato puede acarrear consecuencias perjudiciales- o cuando el objeto vendido tiene el carácter de único o exige una fabricación especial», «Capítulo II. El contrato de...», *op. cit.*, p. 281; *vid.*, también VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *Compraventa internacional...*, *op. cit.*, p. 219.

¹⁵⁹ ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, pp. 199 y 200.

ULIS «*el comprador no tiene derecho a exigir la ejecución del contrato por el vendedor, si la adquisición de bienes que reemplacen a los del contrato resulta conforme a los usos y es razonablemente posible. En este caso el contrato será rescindido de pleno derecho a partir de la fecha en que dicha adquisición se hubiera podido efectuar*». El carácter condicionado y subsidiario de la pretensión de cumplimiento a una operación de reemplazo de los bienes fue suprimido en la CISG¹⁶⁰. Lo contrario podría conllevar, como indica LÓPEZ Y LÓPEZ, a «suprimir la sanción del incumplimiento en la práctica y animaría al vendedor a tomar, tal vez, demasiado ligeramente sus obligaciones»¹⁶¹.

En la parte final del artículo 46.1 se encuentra una limitación a la pretensión de cumplimiento; tal es que se «*haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia*». Si bien la pretensión de cumplimiento no se halla subordinada en su ejercicio a la posibilidad de ejercer un negocio sustitutivo, si lo está, «*al no ejercicio de un derecho o acción incompatible con aquella*»¹⁶². Respecto al ejercicio de la pretensión de cumplimiento, debe subrayarse la plena compatibilidad de la misma con el resarcimiento de los daños y perjuicios (artículo 45.2), teniéndose en cuenta que la cuantía de la indemnización de los mismos será aminorada de concurrir con el cumplimiento. El primer y fundamental efecto que deriva del ejercicio del remedio resolutorio

¹⁶⁰ El presupuesto básico desencadenante del remedio de la pretensión de cumplimiento, como de todos los remedios que configuran el sistema de responsabilidad contractual, es el incumplimiento. El tenor literal del párrafo primero se refiere al incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del vendedor; obligaciones que se extienden desde la producción de las mercancías hasta la entrega de los documentos (artículo 34).

¹⁶¹ LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., «Comentario a los artículos 45...», *op. cit.*, p. 415. *Vid.*, también para el ejercicio de la pretensión de cumplimiento por el vendedor, LANDO, O., «El derecho contractual...», *op. cit.*, p. 11. El presupuesto básico desencadenante del remedio de la pretensión de cumplimiento, como de todos los remedios que configuran el sistema de responsabilidad contractual, es el incumplimiento. El tenor literal del párrafo primero se refiere al incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del vendedor; obligaciones que se extienden desde la producción de las mercancías hasta la entrega de los documentos (artículo 34).

¹⁶² CALVO CARAVACA, A.L., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «Capítulo II. El contrato de...», *op. cit.*, p. 282. Sobre el límite de la incompatibilidad de la pretensión de cumplimiento con otros remedios, *vid.*, entre otros: HONNOLD, J.O., *Uniform Law...*, *op. cit.*, pp. 306 y 307; ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, p. 200; LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., «Comentario a los artículos 45...», *op. cit.*, p. 417.

es, según el párrafo primero del artículo 81, que se «*liberará a las dos partes de sus obligaciones, salvo a la indemnización de daños y perjuicios que pueda ser debida*»¹⁶³. Por tanto, resuelto el contrato, el comprador no podrá exigir el cumplimiento específico. Cuestión diferente es que «fallida la pretensión de cumplimiento, quedan abiertos los caminos de toda posible acción o derecho, sin limitación alguna»¹⁶⁴. Otro de los remedios que se manifiesta incompatible con la pretensión de cumplimiento es la reducción del precio regulada en el artículo 50 de la CISG. Parece más idóneo solicitar tal reducción cuando la cuantía o la calidad de las mercancías no coincidan con las pactadas.

Hasta aquí se ha venido tratando lo que podría denominarse el Derecho sustantivo de la regulación del cumplimiento específico en la CISG, que tiene como regla general brindar tanto al comprador como al vendedor la facultad de exigir el cumplimiento de las obligaciones incumplidas por la contraparte. Lo deseado sería que, cumplidas las exigencias establecidas por el texto vienés para solicitar el cumplimiento, la parte incumplidora lo realizara voluntariamente ante el requerimiento por la parte acreedora. Este cumplimiento voluntario puede que no se produzca, por lo que la parte que lo demanda no tendrá otra solución que acudir a los tribunales para hacer efectiva la satisfacción del contrato incumplido. Precisamente es en este punto, donde mayores dificultades presenta la regulación del cumplimiento específico en la CISG. Tales dificultades se han intentado limar con la regla establecida en el artículo 28¹⁶⁵.

¹⁶³ En relación a la incompatibilidad entre el cumplimiento específico y la resolución del contrato, indica HONNOLD, J.O., que «the basic inconsistency between these remedies is made explicit in Article 81, infra at &439; Avoidance “releases both parties from their obligations under [the contract] subject to any damages that may be due”», *Uniform Law...*, *op. cit.*, pp. 306 y 307.

¹⁶⁴ LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., «Comentario a los artículos 45...», *op. cit.*, pp. 418 a 421.

¹⁶⁵ TALLON, D., critica la solución adoptada por el artículo 28 de la CISG afirmando que «Celle qu’offrait l’article 28 de la Convention sur la vente internationale de marchandises (CVIM) a semblé trop timorée, puisqu’elle aboutit à un refus d’unification. Le compromis qui fut trouvé fait rentrer dans le rang les dommages-intérêts, qui n’occupent pas une position privilégiée», «Les dommages-intérêts...», *op. cit.*, pp. 300 y 301.

El artículo 28 dispone que *«si conforme a lo dispuesto en la presente Convención, una parte tiene derecho a exigir de la otra el cumplimiento de una obligación, el Tribunal no estará obligado a ordenar el cumplimiento específico a menos que lo hiciera, en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención»*. Establece uno de los principales límites al ejercicio de la pretensión de cumplimiento configurando el que podría denominarse Derecho procesal de la exigencia de cumplimiento. Limita el ámbito de aplicación territorial de la pretensión de cumplimiento en función de lo establecido por la *lex fori*¹⁶⁶. La regla contenida en el artículo 28 de la CISG¹⁶⁷ coincide con lo dispuesto por los artículos 16 de la LUVI y VII.1 de la Convención de La Haya¹⁶⁸ y 26 del Proyecto de Convención de 1.978¹⁶⁹, que son sus antecedentes más cercanos¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Acerca de la limitación a la eficacia de la pretensión de cumplimiento impuesta por la *lex fori*, *vid.*, con carácter general, entre otros: CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Comentario al artículo 28...», *op. cit.*, pp. 229 a 234; HUBER, U., «Commentary Art. 28», en AA. VV., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Second Edition (in translation), (Edited by Peter Schlechtriem Translates by Geoffrey Thomas), Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 198 a 209; ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, pp. 201 a 204; LANDO, O., «Commentary Art. 28», *op. cit.*, pp. 232 a 239 y «El derecho contractual...», *op. cit.*, p. 12; MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 460; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «Importancia de la...», *op. cit.*, p. 304; SAN JUAN CRUCELAEGUI, J., *Contrato de...*, *op. cit.*, p. 221; HONNOLD, J.O., *Uniform Law...*, *op. cit.*, pp. 223 a 228 y 305 y 306; ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 127.

¹⁶⁷ En relación a los antecedentes del artículo 28 de la CISG, *vid.*, entre otros, LANDO, O., «Commentary Art. 28», *op. cit.*, pp. 232 a 237.

¹⁶⁸ Sobre la no inclusión en el artículo 28 de la CISG de una disposición similar a la del artículo VII.2 de la Convención de La Haya «2. *Las disposiciones del inciso 1 de este artículo no afectarán las obligaciones del país Contratante que deriven de cualquier Convención celebrada o que se celebre y que se refiera al reconocimiento y ejecución de sentencias, laudos y otras resoluciones formales que tengan la misma fuerza*». Al respecto ha indicado LANDO, O., que el «Article 16 of ULIS and Article VII(1) of the Convention relating to ULIS gave the court the freedom not to enforce a (foreign) judgment for specific performance. This freedom was curtailed by Article VII (2) of that Convention which provided that Article VII (1) should not affect the obligations of a Contracting State resulting from any convention concerning the recognition and enforcement of judgments. Article 28 of the present Convention does not raise the issue of enforcement of foreign judgments. Its only concerns the freedom of the courts not to enter a judgments for specific performance. Therefore there has been no need for a provision like Article VII (2) of the ULIS Convention», «Commentary Art. 28», *op. cit.*, p. 238.

¹⁶⁹ «*Si conforme a lo dispuesto en la presente Convención, una parte tiene el derecho de exigir de la otra el cumplimiento de cualquier obligación, el tribunal no estará obligado a*

Por tanto, establecida la regla general del derecho al cumplimiento de comprador y vendedor, y cumplidos los requisitos que exige su puesta en funcionamiento, el artículo 28 limita, sólo para el remedio de la exigencia de cumplimiento -puesto que los demás remedios no se hallan sujetos a tal restricción-, su efectividad a lo dispuesto por la *lex fori*, haciendo que puedan prevalecer, en relación a la exigencia coactiva del cumplimiento específico, las reglas contenidas en los diferentes Derechos nacionales sobre lo dispuesto por la propia CISG. El mandato contenido en el artículo 28 va dirigido al órgano juzgador y, por tanto, a su Derecho nacional, que según su tenor literal «*no estará obligado*» a ordenar el cumplimiento específico, salvo que lo hiciera de conformidad con su propio Derecho en contratos similares de compraventa regulados extra muros de la CISG. Como ha indicado el profesor HONNOLD, «the phrase “ist not bound” indicates that a court would that would nor “require” performance under its own law is free either to “require” performance or to apply other remedies provided by the Convention»¹⁷¹. No obstante lo anterior, la no obligatoriedad de exigir el cumplimiento, no debe interpretarse como una exagerada discrecionalidad de los tribunales. El texto vienés está pensando únicamente en los órganos juzgadores de los países en que sólo residualmente se aplica la pretensión de cumplimiento; y por tanto, a *sensu contrario*, los tribunales que sí aplican la pretensión de cumplimiento «*en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención*» se verán constreñidos a aplicarlo¹⁷². Se concluye pues,

ordenar la ejecución en especie, a menos que pueda ordenarla, en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención».

¹⁷⁰ HONNOLD, J.O., señala que el «article 28 of the 1980 Convention was based on substantially identical provisions in the 1964 Sales Convention. The 1964 Convention was clearly understood to invoke the rules on specific performance of the forum. The 1956 Draft, on which this action at the 1964 Conference was based, provided (Art. 27) that the buyer’s right to specific performance depended on whether this was “possible and permitted by the municipal law of the Court in which the action is brouhgt”. Article 72 used similar language with respect to price recovery by the seller», *Uniform Law...*, *op. cit.*, p. 224.

¹⁷¹ HONNOLD, J.O., *Uniform Law...*, *op. cit.*, p. 224. *Vid.*, también, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Comentario al artículo 28», *op. cit.*, p. 233.

¹⁷² Sobre la obligatoriedad del mandato contenido en el artículo 28 de la CISG para los tribunales de los países que sí lo aplican en contratos similares no regidos por la CISG,

que la limitación contenida en el artículo 28 cumple una doble función, estableciendo la obligatoriedad de la exigencia de cumplimiento para los tribunales de unos países, principalmente para los de *Civil Law*, y de discrecionalidad para los tribunales de otros, los de *Common Law*¹⁷³. El fundamento del artículo 28 de la CISG se encuentra en la diferente concepción que se tiene en los países de *Common Law* y de *Civil Law* del cumplimiento específico¹⁷⁴.

Ante tal panorama¹⁷⁵, la CISG optó por una solución de compromiso, intermedia entre la del *Civil Law* y la del *Common Law*¹⁷⁶. Como regla general

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., señala que «si el Derecho propio del tribunal ordena el cumplimiento específico respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención, al mismo habrá de atender obligatoriamente el tribunal», «Comentario al artículo 28», *op. cit.*, p. 233; ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., «en cuanto al significado de esta disposición, ésta obliga al tribunal a que ordene el cumplimiento específico cuando así lo haría en circunstancias similares aplicando su propio derecho interno distinto de la Convención, esto es, la ley del foro (excluyendo las normas relativas al conflicto de leyes, por ejemplo el Código de Comercio o el UCC si el tribunal está en España en el primer caso o en Estados Unidos, en el segundo) o la Ley sustantiva del arbitraje, esto es, la ley del país en la cual el tribunal arbitral se ha constituido y desarrolla el procedimiento», *Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, p. 202. *Vid.*, también, HUBER, U., «Commentary Art. 28», *op. cit.*, p. 205.

¹⁷³ LANDO, O., afirma que el «article 28 gives the court the power to refuse a decree for specific performance if under its own law it would not render such a decree in respect of similar contracts of sale. However, the courts is not bound to do so. Nothing prevents it from entering a judgment for specific performance in cases in which formerly it refused to do so. Recent case law in England supports the view that specific performance may be granted in domestic requirement contracts although the goods are neither specific nor ascertained (see Sky petroleum Ltd v. V.S.P. petroleum Ltd. (1974) 1 Weekly Law Reports, 576). The common law courts would not be prevented from going even further in international contract cases than they have gone in domestic contract cases», «Commentary Art. 28», *op. cit.*, p. 237.

¹⁷⁴ Sobre la diferente configuración del cumplimiento específico en los sistemas de *Civil Law* y de *Common Law* como fundamento del artículo 28 de la CISG, *vid.*, entre otros: CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Comentario al artículo 28», *op. cit.*, pp. 231 a 233; HONNOLD, J.O., *Uniform Law...*, *op. cit.*, pp. 225 a 228; HUBER, U., «Commentary Art. 28», *op. cit.*, pp. 199 y 200; ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, pp. 201 y 202; LANDO, O., «Commentary Art. 28», *op. cit.*, p. 232; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «Importancia de la...», *op. cit.*, pp. 303 y 304; SAN JUAN CRUCELAEGUI, J., *Contrato de...*, *op. cit.*, p. 221.

¹⁷⁵ El ámbito del cumplimiento específico en la CISG fue una de las cuestiones que más discusiones originaron en la elaboración del texto vienés, como ha indicado HONNOLD, J.O., «the scope of the remedy “requiring” (specific) performance was one of the most stubborn issues encountered in the preparation of the uniform rules», *Uniform Law...*, *op. cit.*, p. 218.

¹⁷⁶ Acerca del carácter intermedio o de compromiso de la solución adoptada por la CISG, *vid.*, entre otros: CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Comentario al artículo 28», *op. cit.*, p. 233;

se admite la posibilidad de acudir al cumplimiento específico (artículos 46 y 62 de la CISG), que es fiel reflejo de la postura adoptada por los sistemas de *Civil Law*, ampliando el ámbito de aplicación de la *specific performance* en relación con los países del *Common Law*. No obstante, el texto vienés no es insensible al criterio seguido por los tribunales del *Common Law*, por lo que exceptúan la regla general de exigencia del cumplimiento, no obligando a los tribunales a que apliquen el cumplimiento forzoso cuando no lo harían de conformidad con su *domestic law* en supuestos de compraventa similares no regulados por la CISG (artículo 28). Excepción que, tributaria del principio en el que se inspiran los países de *Common Law*, posibilita «evitar que los tribunales del Common Law estén constreñidos a ordenar el cumplimiento específico en los casos en que no lo hacen normalmente...Se facilita la postura de los Estados cuyos tribunales consideran el cumplimiento específico como medida excepcional»¹⁷⁷. La excepción establecida por el artículo 28¹⁷⁸ tiene por objeto, como indica LANDO, «preservar la discrecionalidad del tribunal del common law»¹⁷⁹. De otro lado, dicha excepción toma en consideración los graves perjuicios y la inseguridad que podría conllevar obligar a un tribunal no habituado a exigir el

HONNOLD, J.O., *Uniform Law...*, *op. cit.*, p. 218; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «Importancia de la...», *op. cit.*, p. 304; TALLON, D., «Les dommages-intérêts...», *op. cit.*, pp. 300 y 301; ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 127.

¹⁷⁷ CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Comentario al artículo 28», *op. cit.*, p. 233.

¹⁷⁸ Sobre el artículo 28 de la CISG no se ha encontrado ninguna sentencia de los Tribunales españoles. En el compendio de jurisprudencia relativo a la CISG, de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, *vid.*, <http://www.uncitral.org>, se cita una sentencia de fecha 7 de diciembre de 1999, de la District Court for the Northern District of Illinois, en los Estados Unidos, las partes litigantes son Magullan Internacional Corp. V. Salzgitter Hamdel GmbH. En relación a dicha sentencia, señala, que «hay poca jurisprudencia sobre esta disposición: hasta ahora sólo se conoce un caso. En él, un tribunal dictaminó que cuando la Convención concede a una parte la posibilidad de reclamar un cumplimiento específico, el artículo 28 permite al tribunal considerar la disponibilidad de dicho recurso con arreglo a su propio derecho sustantivo en un caso similar. Si el derecho nacional ofrece también la posibilidad de ordenar el cumplimiento específico en ese caso, no habría conflicto con la Convención ni problema alguno. Pero, si el derecho nacional no permite ordenar el cumplimiento específico, se podrían conceder otras medidas (en la mayoría de los casos, una indemnización por daños y perjuicios). Con todo, en el artículo 28 simplemente se dispone que un tribunal “no estará obligado” a adoptar la solución de su derecho nacional respecto a un cumplimiento específico en el contexto de un compraventa internacional de mercaderías que se rija por la Convención».

¹⁷⁹ LANDO, O., «El derecho contractual...», *op. cit.*, p. 12.

cumplimiento a que lo haga, pues además de atentar contra los principios fundamentales de su Derecho procesal, no disponen de normas adecuadas para exigir el cumplimiento específico¹⁸⁰.

La solución de compromiso adoptada por la CISG ha sido fuertemente criticada en la doctrina por LANDO, al que le resulta innecesaria, puesto que considera más acertado que «los países del “Derecho civil”, hubieran admitido que el cumplimiento específico quedara limitado a aquellas situaciones para las que dicho remedio fuese necesario en la práctica. Los países del common law podían haber aceptado que en tales situaciones el cumplimiento específico fuera un derecho que los tribunales debieran otorgar a la parte perjudicada»¹⁸¹. A lo anterior, debe añadirse, como ha señalado TALLON, que tal solución resulta demasiado imprecisa, además de conducir a un rechazo de la unificación¹⁸².

Expuesto lo anterior, será en última instancia la parte perjudicada la que tendrá que evaluar las ventajas y desventajas que conllevan inclinarse por el cumplimiento específico o por los demás remedios, especialmente la indemnización de los daños y perjuicios¹⁸³. Entre las ventajas de acudir al cumplimiento específico, debe tenerse en cuenta que, por lo menos en teoría, se manifiesta como el remedio que mejor satisfacción produce, puesto que permite al perjudicado obtener aquellas mercancías que le inclinaron a contratar. Como ha indicado HONNOLD «theoretically, the buyer's position would

¹⁸⁰ Sobre la influencia del *Common Law* en la elaboración del artículo 28 de la CISG, *vid.*, entre otros: CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Comentario al artículo 28», *op. cit.*, pp. 232 y 233; HUBER, U., «Commentary Art. 28», *op. cit.*, pp. 200 y 201; ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, pp. 202 y 203; LANDO, O., «Commentary Art. 28», *op. cit.*, p. 237.

¹⁸¹ LANDO, O., «El derecho contractual...», *op. cit.*, p. 12.

¹⁸² TALLON, D., «Les dommages-intérêts...», *op. cit.*, p. 300.

¹⁸³ Sobre las ventajas y desventajas de acudir al *specific performance*, *vid.*, entre otros: CALVO CARAVACA, A.L., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «Capítulo II. El contrato de...», *op. cit.*, p. 281; HONNOLD, J.O., *Uniform Law...*, *op. cit.*, pp. 311 y 312; ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, p. 204.

be improved by forcing the seller to perform the contract»¹⁸⁴. En la práctica resultará más ventajoso acudir al cumplimiento específico cuando la obligación u obligaciones incumplidas tengan por objeto el suministro de mercancías en exclusiva o mercancías únicas o de difícil sustitución¹⁸⁵, además de considerarse que el cumplimiento específico no se encuentra limitado por la aplicación de la exoneración prevista por el artículo 79. Entre las desventajas derivadas de acudir a la pretensión de cumplimiento, deben citarse la lentitud que en la mayoría de los casos conlleva forzar el cumplimiento, que se ve acrecentada cuando las partes en litigio residen en diferentes países, y especialmente, cuando la parte incumplidora se niega a cumplir voluntariamente y ha de acudir a los tribunales. La parte perjudicada, en la mayoría de los casos, prefiere actuar con sentido práctico y comercial acudiendo al mercado para sustituir las mercancías que no le han sido entregadas. Ello es puesto de relieve por HONNOLD al señalar que «in the infrequent instances where sellers are unwilling to perform, coercing performance is seldom so speedy and effective as purchasing substitute goods»¹⁸⁶.

2.4.2. En los PICC

Por lo que respecta a la indemnización de los daños y perjuicios en los PICC, TALLON¹⁸⁷ señala dos cuestiones de interés fundamental que exigen una previa elección. Por una parte, la extensión que hay que dar a su

¹⁸⁴ HONNOLD, J.O., *Uniform Law...*, *op. cit.*, p. 312.

¹⁸⁵ Así, ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., al afirmar que «cuando se trate de mercancías únicas o de mercancías cuyo reemplazo resulte sumamente dificultoso, en cuyo caso el único inconveniente de solicitar el cumplimiento específico es que se ha de acudir a una acción judicial, sin que importen las limitaciones derivadas del artículo 28 CNUCCIM, ya que hasta los ordenamientos que contemplan el cumplimiento específico como un remedio excepcional, lo reconocen en los casos de mercancías únicas», *Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, p. 204.

¹⁸⁶ HONNOLD, J.O., *Uniform Law...*, *op. cit.*, p. 311.

¹⁸⁷ TALLON, D., «Les dommages-intérêts...», *op. cit.*, pp. 298 y ss.

reglamentación, y por otra, su posición en el sistema de remedios, y en concreto el lugar que corresponde a la ejecución en especie y a la indemnización de los daños. Cuestión ésta, en la que en última instancia late, como ya se ha indicado, la concepción que se tenga del contrato y de la que en el fondo dependerá la solución que se adopte. Ante la dicotomía entre la concepción moral y la económica del contrato, los PICC, inspirados por el principio general de buena fe (artículo 1.7) y en el respeto al principio *pacta sunt servanda*, se han inclinado hacia la concepción moral del contrato, exigiendo como regla general el cumplimiento *in natura* del mismo¹⁸⁸.

Los PICC adolecen de un precepto que, como los artículos 45 y 61 de la CISG, enuncien de forma general los remedios a los que puede acudir el perjudicado. El Capítulo 7, relativo al incumplimiento, dedica la sección segunda al derecho a reclamar el cumplimiento; la tercera, a la resolución, y la cuarta, al resarcimiento. La regulación del derecho al cumplimiento parte de la distinción entre las obligaciones pecuniarias y las no pecuniarias.

El artículo 7.2.1 sobre el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias dispone que «si una parte que está obligada a pagar dinero no lo hace, la otra parte puede reclamar el pago», consagrando el principio general, adoptado por la mayoría de los países, de que la obligación dineraria contractual o cuasi-contractual siempre puede ser reclamada¹⁸⁹. Respecto a tal exigencia de

¹⁸⁸ Acerca del cumplimiento *in natura* de lo pactado en los PICC, *vid.*, entre otros: BONELL, M.J., *I Principi Unidroit nella Pratica*, Giuffrè Editore, Milano, 2002, pp. 352 a 358; CASTRONOVO, C., «Inadempimento ed esato adempimento nei Principi Unidroit», en AA. VV., *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit*, (a cura di Michael J. Bonell e di Franco Bonelli), Giuffrè Editore, Milano, 1997, pp. 284 a 289; LANDO, O., «El derecho contractual...», *op. cit.*, p. 11; MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Mecanismos de protección...», *op. cit.*, pp. 461 a 464; MORÁN BOVIO, D., «Capítulo 7. Incumplimiento», *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, (coordinado por David Morán Bovio), Aranzadi, 2ª edición, Navarra, 2003, pp. 340 a 343; TALLON, D., «Les dommages-intérêts...», *op. cit.*, pp. 298 y ss.

¹⁸⁹ En relación a la exigencia de cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, CASTRONOVO, C., «L'inadempimento di una obbligazione pecuniaria sembra infatti dover mettere capo direttamente all'espropriazione forzata nel momento in cui l'inadempimento mette in luce la volontà del debitore di disattendere il vinculum iuris, e l'esecuzione sui beni di lui consente al

cumplimiento, ha señalado LANDO que los PICC, al igual que la CISG, no han establecido ningún tipo de restricción, a diferencia de los artículos 61.2 de la ULIS y 9:101 (2) de los PECL¹⁹⁰. Tal afirmación debe ser matizada, ya que no es del todo cierta. Si bien en su articulado, y en concreto en el artículo 7.2.1, los PICC no contemplan restricción alguna a la exigencia de cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, en el comentario de los redactores al precepto citado, que, como ya se ha dicho, también forma parte integrante del texto de los PICC, y que tiene como finalidad explicar el significado y su aplicación en la práctica, se contempla por vía de excepción que «podrá excluirse el derecho a reclamar el pago del precio de las mercaderías que han de ser entregadas o de los servicios que han de ser prestados. Este es el supuesto que se presenta, en particular, cuando los usos comerciales exigen al vendedor que efectúe una reventa de aquellas mercaderías no aceptadas ni pagadas por el comprador». Tal excepción, que viene a coincidir con la del artículo 61.2 de la ULIS, dispone que *«el vendedor no podrá exigir del comprador el pago del precio, si éste está de acuerdo con los usos y fuere razonablemente posible para el vendedor la reventa de la cosa. En tal caso, el contrato se rescindirá de pleno derecho a partir de la fecha en que la reventa se efectuara»*. Tiene tal precepto como fundamento evitar, cuando el vendedor puede realizar sin excesivas dificultades una operación de reemplazo, que el comprador tenga que pagar unas mercaderías o un servicio que, si bien eran deseadas en el momento de celebrar el contrato, dejan de serlo con posterioridad. No obstante ello, el vendedor, una vez realizado el negocio de cobertura, podrá exigir al comprador que no aceptó las mercaderías la indemnización de los daños y perjuicios que se le hayan producido.

creditore di conseguire per altra via il risultato dovuto», «Inadempimento ed esato...», *op. cit.*, p. 284.

¹⁹⁰ LANDO, O., «el antecedente de la CISG, la Ley uniforme sobre contratos de ventas internacionales de mercaderías de 1964 (ULIS), establece en el art. 61 (2) que el vendedor no tiene derecho a requerir el pago del precio al comprador si le resulta posible, razonablemente y de conformidad con los usos, revender los bienes. En tal caso, el contrato debe considerarse resuelto y el vendedor sólo puede reclamar una indemnización por daños. Sin embargo la CISG y los Principios del UNIDROIT no han impuesto tal restricción al derecho del vendedor para ejecutar y reclamar el precio», «El derecho contractual...», *op. cit.*, p. 12.

La exigencia de cumplimiento de las obligaciones no pecuniarias se regula en el artículo 7.2.2., que después de enunciar como regla general la facultad del perjudicado de forzar el cumplimiento, enumera cinco excepciones a la misma. El artículo 7.2.2 también consagra para las obligaciones no pecuniarias la regla general de que el acreedor puede exigir su cumplimiento forzoso. Si bien la exigencia de cumplimiento de las obligaciones pecuniarias es generalmente adoptada por la mayoría de los países, la misma cuestión para las obligaciones no pecuniarias no es unánime, siendo la regla general en los países de tradición romanística y sólo aplicable excepcionalmente en los países del *Common Law*. Los PICC optan, por lo menos como línea de principio, por la solución seguida por los países de Civil Law, de forma especular a la dispuesta por los artículos 46 y 62 en la CISG¹⁹¹. Una importante nota diferenciadora entre la regulación de la exigencia de cumplimiento de las obligaciones no pecuniarias en la CISG y en los PICC se encuentra en que en éstos no se configura como un remedio discrecional de los tribunales. De la ausencia en los PICC de un artículo similar al 28 de la CISG deriva que los tribunales de arbitraje se encuentren obligados a ordenar el cumplimiento específico de las obligaciones, salvo en los supuestos de las cinco excepciones con las que concluye el artículo 7.2.2. En definitiva, la exigencia de las obligaciones no pecuniarias no se haya limitada por la *lex fori*, lo que sin duda es más acorde con la pretendida uniformidad; si bien obligaría a los tribunales de la órbita del *Common Law* a imponer el cumplimiento de prestaciones que en su *domestic law* no efectúa¹⁹².

¹⁹¹ CASTRONOVO, C., justifica la regulación, aun partiendo del mismo principio general de exigencia del cumplimiento, en dos preceptos distintos de las obligaciones pecuniarias y no pecuniarias en que «probabilmente i compilatori hanno voluto scandire meglio la regola contenuta nell'art. 7.2.2. È noto, infatti, che nei sistemi di civil law essa può dirsi un vero e proprio principio, mentre in common law, per quanto ormai non ignota, stenta ad imporsi rispetto al principio secondo cui il debitore avrebbe, in luogo dell'adempimento, una sorta di facoltà alternativa di non adempiere, scegliendo il risarcimento del danno», «Inadempimento ed esato...», *op. cit.*, p. 285.

¹⁹² Acerca del cumplimiento específico como remedio no discrecional del tribunal, *vid.*, el comentario al artículo 7.2.2 en UNIDROIT, *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, segunda impresión corregida por el Profesor A.M. Garro, Roma, 2001, p. 177 y CASTRONOVO, C., «Inadempimento ed esato...», *op. cit.*, pp. 285 y 286.

El derecho a la ejecución en especie de las obligaciones no pecuniarias está sometido a cinco excepciones, que en la práctica reducen la regla general de exigencia de cumplimiento a las obligaciones de dar cosas no fungibles¹⁹³: la imposibilidad física o jurídica; que la ejecución resulte excesivamente onerosa o gravosa; la posibilidad de satisfacer el interés del acreedor mediante una operación de reemplazo; obligaciones de hacer de carácter exclusivamente personal; y que se reclame el cumplimiento en un plazo razonable. Tales excepciones se encuentran principalmente inspiradas en las de los sistemas de *Common Law*, si bien los PICC no contemplan como excepción a la pretensión la de la mejor adecuación o idoneidad del remedio resarcitorio¹⁹⁴. A pesar de ello, las excepciones enunciadas no resultan ajenas a las establecidas en otros ordenamientos. En el Derecho español, la no exigencia del cumplimiento forzoso de las obligaciones personalísimas deriva, entre otros, del artículo 1161 del CC, y, en los supuestos de imposibilidad de la prestación, de los artículos 1182 y 1184 del CC.

2.5. La solución adoptada en el *soft law* de los PECL

2.5.1. Exposición de los preceptos: regla y excepciones

El artículo 8:101 que inicia el Capítulo 8 de los PECL, dedicado al incumplimiento y a los medios de tutela en general, dispone en su párrafo primero que *«siempre que una parte no cumpla con alguna de las obligaciones derivadas del contrato y el incumplimiento no pueda justificarse con arreglo al*

¹⁹³ Sobre los límites o excepciones a la pretensión de cumplimiento en los PICC, *vid.*, entre otros: CASTRONOVO, C., «Inadempimento ed esato...», *op. cit.*, p. 287 a 289; MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Mecanismos de protección...», *op. cit.*, pp. 462 y 463 y MORÁN BOVIO, D., «Capítulo 7. Incumplimiento...», *op. cit.*, pp. 341 a 343.

¹⁹⁴ TALLON, D., «On peut penser cependant que le juge issu de la Common Law utilisera ces exceptions de façon plus extensive. Dans d'autres pays, où l'usage de l'astreinte est très répandu, le créancier déçu aura tendance à réclamer l'exécution en nature sous astreinte», «Les dommages-intérêts...», *op. cit.*, p. 301.

artículo 8:108, el perjudicado puede recurrir a cualquiera de los medios dispuestos en el capítulo 9». Del tenor literal del párrafo citado y de los medios de tutela establecidos en el Capítulo 9, se deduce que en los PECL todos los remedios ante el incumplimiento se encuentran situados en un mismo plano, en una misma posición, por lo que nos encontramos ante un sistema de responsabilidad contractual que adolece de una jerarquía entre los remedios, a diferencia de lo que ocurre, con carácter general, en los sistemas de *Civil Law* y de *Common Law*, siendo aquéllos continuadores de la sistemática seguida en la CISG y en los PICC. Si bien el sistema de responsabilidad contractual de los PECL se encuentra fuertemente impregnado de los principios del *Common Law* por influencia directa de la CISG, en la cuestión relativa a la posición y límites de la pretensión de cumplimiento, o derecho a exigir el cumplimiento, como la definen los propios PECL, siguen esencialmente la tradición jurídica de los países continentales al otorgar al acreedor la facultad de exigir el cumplimiento tanto en las obligaciones pecuniarias como en las no pecuniarias¹⁹⁵.

Consagrado el derecho a exigir el cumplimiento en el artículo 8:101, son tres los preceptos que lo regulan, y que se integran en la sección 1 del Capítulo IX (artículos 9:101 a 9:103): el derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias (artículo 9:101); el derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones no pecuniarias (artículo 9:102) y el derecho a obtener la indemnización de los daños y perjuicios en los supuestos extraordinarios de los párrafos segundo del artículo 9:101, y segundo y tercero del artículo 9:102, en los que no sea posible exigir el cumplimiento (artículo 9:103)¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Sobre la pretensión de cumplimiento como remedio ejercitable por el acreedor en los PECL, *vid.*, entre otros: Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 317 y ss; LANDO, O., «El derecho contractual...», *op. cit.*, pp. 11 y 12; MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Mecanismos de protección...», *op. cit.*, pp. 461 a 464; NAVAS NAVARRO, S., *El incumplimiento...*, *op. cit.*, pp. 282 a 285; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho...», *op. cit.*, pp. 85 y 86; VAQUER ALOY, A., «Incumplimiento...», *op. cit.*, pp. 539 y 540; ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 126 y 128.

¹⁹⁶ Si bien se dan muchas similitudes entre la regulación de los remedios ante el incumplimiento en los PECL y en el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos de la Academia de Pavía, deben destacarse varias diferencias en relación al cumplimiento forzoso. En el artículo 111 del CEC se distingue la ejecución en forma específica, en función de que se trate de obligaciones consistentes en dar, hacer o no hacer. Se puede compeler al deudor a

Por lo que respecta a las obligaciones pecuniarias (artículo 9:101), el enfoque básico del que parten los PECL, en consonancia con el principio *pacta sunt servanda*, es el de que siempre pueden ser reclamadas, y ello con independencia del tipo de moneda de que se trate y de la forma de pago¹⁹⁷. Ello concuerda con el principio general seguido en los países continentales y del *Common Law*, si bien en los últimos se limita a los supuestos de pago del precio de una prestación. A la regla general establecida en el párrafo primero, el segundo impone una serie de restricciones, que si bien parten del supuesto de que el acreedor no ha cumplido todavía su prestación y resulta evidente que el deudor no va a aceptar el cumplimiento, aquél puede cumplir su obligación y exigir al deudor el cumplimiento de la suya, salvo que la parte acreedora tenga la posibilidad de realizar una operación sustitutiva o de reemplazo¹⁹⁸, o la ejecución de la obligación del acreedor resulte irrazonable dadas las circunstancias que concurren. Por tanto, de conformidad con la primera excepción consagrada en el apartado a) del artículo 9:101, para enervar la acción del acreedor dirigida al cumplimiento de la obligación pecuniaria deben concurrir dos requisitos: por un lado, que el acreedor pueda realizar una operación de reemplazo en términos razonables acudiendo al mercado para satisfacer su interés, o pueda de cualquier otra forma realizar un negocio alternativo. Y de otro, que tal operación sustitutiva o negocio alternativo no conlleve esfuerzos o gastos excesivos para el acreedor¹⁹⁹.

cumplir la prestación o a ejecutarla a su costa. También se recogen en el apartado tercero del artículo 111 las multas coercitivas o *astreinte* que, como ya se ha indicado, han sido implantadas en nuestro Derecho por el artículo 709 de la nueva LEC.

¹⁹⁷ Artículo 9:101 (1): «*El acreedor tiene derecho a percibir el dinero que se le debe*»

¹⁹⁸ A diferencia de los PICC, en los que la operación de reemplazo sólo se encuentra limitada a las obligaciones no pecuniarias, en los PECL también es viable la restricción a la exigencia de cumplimiento cuando el acreedor puede satisfacer su interés mediante la realización de una operación sustitutiva razonable, *vid.* al respecto MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Algunos mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 2462.

¹⁹⁹ El antecedente a la limitación al derecho a exigir la prestación pecuniaria establecida en el párrafo segundo a) del artículo 9:101, se encontraba ya en el párrafo segundo del artículo 61 de la ULIS, que limitaba el derecho del vendedor a requerir el pago del precio de las mercancías al comprador, cuando a aquél le era posible de forma razonable y de conformidad a los usos revender los bienes, pudiendo, en tal caso, el vendedor dar por resuelto

La segunda excepción, dispuesta en el apartado b) del mismo artículo, hace hincapié en el carácter irrazonable del cumplimiento por parte del acreedor, una vez que de forma clara, el deudor haya manifestado la pérdida del interés en el cumplimiento de tal obligación²⁰⁰. La ausencia de tal excepción supondría dar cobertura legal a posibles abusos de derecho por parte del acreedor que, pudiendo sin excesivos costes ni perjuicios realizar una operación de reemplazo, exige el cumplimiento de la obligación de pago del precio a un deudor al que ya no le interesa el cumplimiento de la contraparte. Estas dos excepciones conllevan una atenuación del principio *pacta sunt servanda*²⁰¹.

el contrato y solicitar al incumplidor el pago de los daños y perjuicios que se le hubieran ocasionado. Por el contrario, tal limitación no fue contemplada en la CISG, que, influida por la corriente aplicada en la mayoría de los países de *Civil Law*, sólo limitaba el ejercicio de la pretensión de cumplimiento en los supuestos en que el vendedor hubiera ejercitado con anterioridad un medio de tutela incompatible con tal exigencia (artículo 62 de la CISG). Los PICC, en su articulado, tampoco contemplan excepción alguna al derecho a reclamar el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias¹⁹⁹. El artículo 7.2.1 de los PICC: «*Si una parte que está obligada a pagar dinero no lo hace, la otra parte puede reclamar el pago*», si bien el comentario oficial al artículo 7.2.1, que se considera parte integrante de los PICC, señala que «excepcionalmente, podrá excluirse el derecho a reclamar el pago del precio de las mercaderías que han de ser entregadas o de los servicios que han de ser prestados. Este es el supuesto que se presenta, en particular, cuando los usos comerciales exigen al vendedor que efectúe una reventa de aquellas mercaderías no aceptadas ni pagadas por el comprador». Por ello, en sentido contrario a LANDO, que indica que «los Principios del UNIDROIT no han impuesto tal restricción al derecho del vendedor para ejecutar y reclamar el precio» [LANDO, O., «El derecho contractual...», *op. cit.*, p. 11. En el mismo sentido que se ha considerado equivocado se manifiestan MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Algunos mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 2461, «la segunda excepción impide el cumplimiento específico cuando éste comporte un esfuerzo o gasto no razonables para el deudor, es decir, la realización de la prestación es material y legalmente posible, pero absolutamente antieconómica, por lo que la pretensión del acreedor atentaría contra los principios de buena fe y lealtad. Esta excepción, que en los Principios UNIDROIT es exclusiva de las obligaciones no pecuniarias, en los PECL [art. 9:101 (2) b] también se prevé para las obligaciones pecuniarias, cuando el acreedor aún no ha cumplido la prestación característica del contrato.], no se puede negar que el texto romano no contemple restricciones, si bien sólo para supuestos excepcionales.

²⁰⁰ La limitación relativa a la irrazonabilidad del derecho a exigir la prestación pecuniaria establecida en el párrafo segundo b) del artículo 9:101 hunde sus raíces en el criterio seguido en los países de Common Law, como indican los comentarios a los PECL, que estiman desproporcionado exigir a la parte que advierte con anterioridad al momento del cumplimiento que no le interesan las mercaderías o determinados servicios, el pago de unas mercaderías que, de forma razonable y sin excesivos costos, puede colocar en otra operación o de los servicios que todavía no se han prestado.

Se observa cómo en la regulación del derecho al cumplimiento en las obligaciones pecuniarias, los PECL, partiendo del criterio general seguido en la mayoría de los países de *Civil Law* y en el Derecho uniforme de la CISG y de los PICC, introducen una serie de limitaciones de influencia de los países de la Europa no continental²⁰².

El derecho al cumplimiento de las obligaciones no pecuniarias se regula en el artículo 9:102, cuyo párrafo primero establece como punto de partida que la parte perjudicada por el incumplimiento de obligaciones no pecuniarias puede exigir el cumplimiento *in natura*, englobando además la subsanación y reparación del cumplimiento defectuoso. Por ello, los PECL, al igual que los países del *Civil Law*, la CISG y los PICC, se inclinan a favor de conferir al perjudicado la posibilidad de obtener el estricto cumplimiento del contrato, y así satisfacer el interés que le inclinó a contratar²⁰³. No obstante la regla general, los redactores de los PECL no han hecho caso omiso al tratamiento del *specific performance* en los países del *Common Law*, por lo que a continuación

²⁰¹ Artículo 9:101 (2): «Cuando el acreedor todavía no haya cumplido su obligación y resulte claro que el deudor se negará a aceptar su prestación, el acreedor, pese a todo, puede llevar a cabo dicha prestación y cobrar lo que se le deba según el contrato salvo que: (a) Hubiera podido hacer un negocio sustitutivo razonable sin excesivos esfuerzos o coste. (b) O no fuera razonable llevar a cabo su prestación conforme a las circunstancias».

²⁰² Sobre el derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones no pecuniarias en los PECL, *vid.*, por todos: Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 336 a 339; LANDO, O., «El derecho contractual...», *op. cit.*, p. 11; MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Algunos mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 2461; NAVAS NAVARRO, S., *El incumplimiento...*, *op. cit.*, pp. 282 a 285; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «Importancia de la...», *op. cit.*, p. 305; VAQUER ALOY, A., «Incumplimiento...», *op. cit.*, p. 539.

²⁰³ El comentario al artículo 9:102, si bien pone de manifiesto las ventajas que conlleva la regla general de la exigencia de cumplimiento «*firstly, through specific relief the creditor obtains as far as possible what is due to it under the contract; secondly, difficulties in assessing damages are avoided; thirdly, the binding force of contractual obligations is stressed. A right to performance is particularly useful in cases of unique objects and in times of scarcity*», no le es ajeno que «*comparative research of the laws and specially commercial practices demonstrate that even in the Civil Law countries the principle of performance must be limited. The limitations are variously based upon natural, legal and commercial considerations and are set out in paragraphs (2)-(3). In all these cases other remedies, specially damages and, in appropriated cases, termination, are more adequate remedies for the aggrieved party*», LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. 395.

enumeran una serie de limitaciones o restricciones a la exigencia de cumplimiento, que si bien algunas no son desconocidas en los Derechos nacionales de nuestro entorno, tienen un carácter marcadamente anglosajón. Por tanto, la solución adoptada por los PECL en relación a la exigencia de este tipo de obligaciones es de compromiso entre los dos sistemas imperantes, ya que, si bien parten de la regla de un sistema, introducen vía excepción normas exportadas del otro, llegando en la práctica a soluciones similares a ambos sistemas²⁰⁴.

La primera excepción se refiere a la imposibilidad material o jurídica de la prestación, y es reflejo del principio *impossibilium nulla est obligatio*. Tiene como causa, en el supuesto de la imposibilidad física o de hecho, bien que la realización de la obligación resultare imposible antes de la celebración del contrato, bien que se trate de una imposibilidad sobrevenida con posterioridad y definitiva²⁰⁵. Un ejemplo de imposibilidad de hecho, sería el del pianista que disponiéndose a dar un concierto, sufre un día antes la amputación de una mano como consecuencia de un accidente doméstico. En el supuesto de la imposibilidad jurídica, su causa se encuentra en que, conforme a ley, la prestación no puede ser cumplida. Sería el caso de un exportador argentino de carne de vacuno que celebra un contrato de suministro con el dueño de un

²⁰⁴ En nuestra doctrina, señala PALAZÓN GARRIDO, M.L., que si «bien puede apreciarse, de nuevo -anteriormente se refería a las obligaciones pecuniarias-, que las excepciones, sin ser ajenas al *Civil Law*, enlazan con la regulación de esta acción en el *Common Law*, de modo que, partiendo de vías diferentes (en un sistema es la regla y en otro, la excepción) se llega a resultados parecidos», «Importancia de la...», *op. cit.*, p. 305,. Al respecto ZIMMERMANN, R., afirma que «también la norma plasmada en los PECL, significa un compromiso, puesto que el cumplimiento específico se excluye por el art. 4:102 (2) en cuatro supuestos...Algunas de estas causas de exclusión no son extrañas al *civil law*», *Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 128.

²⁰⁵ Sobre la imposibilidad sobrevenida de la prestación como límite a la exigencia de cumplimiento señal el artículo 8:108 de los PECL que: «(1) Una parte queda liberada de su deber de cumplimiento si prueba que no puede proceder al cumplimiento de su obligación por una imposibilidad fortuita [que queda fuera de su control] y que no se puede pretender de manera razonable que hubiera debido tenerse en cuenta dicha imposibilidad en el momento de la conclusión del contrato o que la parte hubiera debido evitar o superar dicha imposibilidad o sus consecuencias.(2) Cuando se trata solamente de un impedimento temporal, la exoneración prevista en este artículo produce sus efectos durante el tiempo en el que es imposible la prestación. Sin embargo, si el retraso se traduce en un incumplimiento esencial, el acreedor puede tratarlo como tal».

restaurante-parrilla de dicha carne en Madrid, y posteriormente, como consecuencia de la localización de carne de dicho país con una bacteria infecciosa, el legislador español dicta una Ley que prohíbe la entrada de carne de tal procedencia.

El efecto limitador de ambos tipos de imposibilidades sólo afecta a la pretensión de cumplimiento –lo que refleja una atenuación del principio *impossibilium nulla est obligatio*–, pudiendo el perjudicado acudir a cualquier otro medio de tutela, por lo que tales imposibilidades, en los PECL, no afectan a la validez del contrato²⁰⁶. En el supuesto de que la imposibilidad sea temporal, la limitación decaerá desde el mismo momento en el que la misma desaparezca, pudiendo el perjudicado exigir el cumplimiento. La postura adoptada por los PECL en su artículo 4:102²⁰⁷ contrasta con la del Derecho español, donde la imposibilidad física producida con anterioridad a la celebración del contrato no se concibe como un supuesto de incumplimiento, ya que el contrato nunca existió por no tener uno de los requisitos que exigen los contratos: el objeto (artículos 1272 y 1460.1 del CC). En el supuesto de que la imposibilidad sea sobrevenida y definitiva, el contrato se extingue, excepto en los casos en que la imposibilidad sea imputable al deudor o el mismo se háyase en una situación de mora (artículos 1182 y 1184 del CC)²⁰⁸.

La segunda excepción tiene como presupuestos de hecho que la prestación sea material y jurídicamente posible, pero la exigencia de su cumplimiento conlleva para el deudor gastos o esfuerzos no razonables, por lo

²⁰⁶ Acerca de la imposibilidad material o jurídica en los PECL, *vid.*, entre otros: DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 340; MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Algunos mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 2461; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho...», *op. cit.*, p. 86.

²⁰⁷ «Artículo 4:102: Imposibilidad inicial. Un contrato no es nulo por el mero hecho de que, en el momento de su conclusión, el cumplimiento de la obligación contraída no fuera posible o porque una de las partes no tuviera derecho de disposición sobre los bienes objeto del contrato».

²⁰⁸ *Vid.*, MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Algunos mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 2461.

que su cumplimiento resultaría antieconómico²⁰⁹. Esta excepción es una manifestación concreta del principio de buena fe y de lealtad en los negocios. En los PICC, tal excepción se halla restringida a las obligaciones no pecuniarias, y por contra, en los PECL se concibe como una limitación más amplia, que engloba tanto a las pecuniarias como a las no pecuniarias²¹⁰.

También se exceptúan de la exigencia de cumplimiento las obligaciones que consistan en la realización de obras o servicios de carácter personal, o se basen en relaciones personales. En el apartado c) del párrafo segundo del artículo 9:102, se contemplan dos situaciones diferentes: por una parte, la realización de obras o servicios de carácter personal, excluyéndose las prestaciones de obras y servicios que puedan ser delegadas; y por otra, que el cumplimiento de las obligaciones dependa de que las partes comiencen o mantengan una relación personal. La restricción se refiere a prestaciones que consistan en un hacer personalísimo, y por tanto, las que consistan en no hacer no se favorecen por la regla²¹¹.

²⁰⁹ El artículo 6:111 de los PECL también se ocupa de la regulación de la excesiva onerosidad estableciendo que «(1) Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe. (2) Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que: (a) Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato. (b) En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido. (c) A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias. (3) Si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el juez o el tribunal podrá: (a) Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado. (b) O adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa. En cualquiera de los casos, el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar, o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura».

²¹⁰ Con relación a los esfuerzos o gastos desproporcionados como límites a la pretensión de cumplimiento en los PECL, *vid.*, entre otros: DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 341 a 342; MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Algunos mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 2461; NAVAS NAVARRO, S., *El incumplimiento...*, *op. cit.*, p. 284.

²¹¹ La no exigencia de cumplimiento de estas obligaciones encuentra su fundamento, según su comentario, en tres consideraciones: la imposición coactiva en la persona del deudor

En el Derecho español, a diferencia de los PECL, se regulan mecanismos indirectos para inducir al deudor a cumplir sus prestaciones de carácter personal tras la entrada en vigor de los artículos 699 y 709 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y ello, mediante la imposición, de forma similar a los *astreinte* del Derecho francés, de unas multas mensuales que pueden llegar hasta el 20% del valor de la obligación insatisfecha (artículo 711 LEC)²¹².

La última de las excepciones del artículo 9:102 (2), dispone la improcedencia de la pretensión de cumplimiento cuando el acreedor pueda de forma razonable obtener la satisfacción de su interés por cualquier otra vía²¹³. La justificación de esta excepción se encuentra en ofrecer al perjudicado la posibilidad de elegir entre los distintos medios de tutela aquél que le permita satisfacer sus necesidades con los menores inconvenientes. En la práctica se observa cómo en muchos casos, ante la negativa de la parte deudora a cumplir, resulta más satisfactorio para el acreedor acudir a la resolución del contrato o a la indemnización de los daños, o a ambas de manera cumulativa, que empeñarse en una exigencia de cumplimiento con los inconvenientes de la pérdida de tiempo e incertidumbre que ello conlleva. Si bien los PICC, para las obligaciones no pecuniarias, y los propios PECL, para las pecuniarias, restringen la pretensión de cumplimiento en atención a que de forma razonable se pueda realizar una operación sustitutiva o de reemplazo, los PECL, para las obligaciones no pecuniarias, amplían el campo de las vías por las que el acreedor puede satisfacer su interés, no limitándose a la operación de reemplazo, pudiendo, de otro lado, acudir a cualquiera de los otros remedios.

de la realización de la prestación personal conllevaría una grave interferencia en la esfera de la libertad personal del mismo; las obras y servicios realizados a la fuerza y bajo presión no suelen satisfacer plenamente el interés del acreedor; y por último, la dificultad que conlleva para el órgano juzgador vigilar el exacto cumplimiento de las obligaciones.

²¹² Vid., DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 343 a 345; MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Algunos mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 2462.

²¹³ La última de las excepciones previstas en el párrafo segundo del artículo 9:102 no se basa directamente en ninguna disposición legal de los Derechos europeos, pero se puede conectar con las normas previstas en los artículos 25 y 42.1 c) de la ULIS.

De las distintas restricciones impuestas al derecho a exigir el cumplimiento en los PECL, se observa que, en la práctica, sólo se podrá ejercer tal exigencia cuando nos encontremos ante obligaciones de dar cosas específicas o infungibles. Al tratar la forma de operar la ejecución forzosa en nuestro Derecho, se advirtió cómo tradicionalmente sólo era posible compeler al deudor a la entrega de cosas determinadas, siempre y cuando se hallasen en su patrimonio (art. 1096.1 del CC). En la actualidad, en virtud del artículo 702.1 de la LEC, también es posible que se aplique tal compulsión en el supuesto de las obligaciones genéricas cuando el ejecutante inste que se le ponga en posesión de la cuantía del género que se encuentre en el patrimonio del deudor-ejecutado²¹⁴. En las obligaciones que no consistan en la entrega de cosa cierta y determinada, el acreedor, tanto en los PECL como en el Derecho español, obtiene la satisfacción de su interés lesionado a través de la intervención de un tercero ajeno a la obligación. Tal satisfacción se produce de forma diferente; en los PECL, mediante la realización por parte del acreedor insatisfecho de una operación de reemplazo o negocio de cobertura (el acreedor resuelve el primer contrato exigiendo, en su caso, una indemnización de daños al deudor incumplidor y celebra otro contrato con un tercero), y en LA LEC, con la realización de la obligación incumplida por parte de un tercero a costa del deudor²¹⁵.

²¹⁴ Al respecto señalan MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., que «coinciden los supuestos –tanto en el Derecho español como en los textos de *soft law*– en los que el acreedor consigue el cumplimiento de la obligación sin que la conducta sea realizada por un tercero, aunque no son plenamente homogéneos», «Algunos mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 2463.

²¹⁵ «En el Derecho español, el deudor que ha incumplido se ve compelido a financiar la realización de la prestación por un tercero y, adicionalmente, la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor. Simultáneamente, el acreedor deberá pagar el precio al deudor. En cambio, tanto en los Principios UNIDROIT (art. 7.4.5.) como en los PECL (art. 9:506), el acreedor deberá celebrar un segundo contrato con una prestación idéntica y resolver el primer contrato, exigiendo al deudor la indemnización de los daños derivados de su incumplimiento... Aunque en ambos casos la satisfacción del interés del acreedor se consigue por la realización de la prestación por un tercero, en el Código Civil se trata de la conducta descrita en la obligación incumplida mientras que en los textos de *soft law* es la conducta descrita en una nueva obligación, surgida del segundo contrato (la llamada operación de reemplazo)», MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Algunos mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 2463.

En su párrafo tercero, el artículo 9:102 finaliza imponiendo el ejercicio tempestivo de la pretensión de cumplimiento. La parte perjudicada pierde el derecho a exigir el cumplimiento si no lo ejercita dentro de un tiempo razonable desde que conoció o debió haber conocido la contravención. Con esta norma se pretende proteger a la persona que incumple el contrato ante la exigencia intempestiva de cumplimiento por parte del acreedor. Su fundamento último se encuentra en el deber de buena de fe que impregna toda la regulación de los PECL (artículo 1:201 (1))²¹⁶.

Extramuros de la sección 1ª del Capítulo 9, dedicada a la regulación del derecho a exigir el cumplimiento, la sección 2ª, titulada *Excepción de incumplimiento contractual*, regula en su único artículo, 9:201²¹⁷, la facultad de suspender la ejecución de la prestación. Dicha facultad puede ser considerada como un límite más a la pretensión de cumplimiento, y es aplicable tanto a las obligaciones no pecuniarias como a las pecuniarias²¹⁸, y tiene un efecto dilatorio del cumplimiento²¹⁹.

²¹⁶ En relación a la pérdida del derecho a exigir el cumplimiento cuando no se ejercita en un plazo razonable, *vid.*, entre otros: Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 346 y 347; NAVAS NAVARRO, S., *El incumplimiento...*, *op. cit.*, pp. 284 y 285.

²¹⁷ Artículo 9:201: *Derecho a suspender la ejecución de la prestación*: «(1) Una parte que deba cumplir su obligación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, podrá suspender el ejercicio de su prestación hasta que la otra parte haya ofrecido el cumplimiento de su obligación o la haya cumplido efectivamente. La primera parte puede suspender total o parcialmente el cumplimiento de su obligación, según lo que resulte razonable conforme a las circunstancias. (2) Igualmente, una parte podrá suspender el cumplimiento de su obligación tan pronto como resulte claro que la otra parte no cumplirá su recíproca obligación llegado el vencimiento de la misma».

²¹⁸ Sobre la *exceptio non adimpleti contractus* como límite al ejercicio de la exigencia de cumplimiento en los PECL, *vid.*, entre otros: Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 343 y 345 y VAQUER ALOY, A., «Incumplimiento...», *op. cit.*, p. 540.

²¹⁹ Son tres los presupuestos de hecho que contempla el artículo 9:201, y tienen como efecto la posibilidad de ejercitar la *exceptio non adimpleti contractus*, dejando la obligación en suspenso total o parcialmente, dependiendo ello, de lo que resulte razonable en atención a las circunstancias concurrentes. El párrafo primero hace referencia a las obligaciones que deben ser cumplidas de forma simultánea o con posterioridad a la de la otra parte, suspendiendo el cumplimiento de su obligación total o parcialmente hasta el momento en que la otra parte haya ofrecido el pago o haya cumplido. El párrafo segundo faculta a una parte contratante a

La regulación del derecho a exigir el cumplimiento en los PECL culmina con el artículo 9:103, que consagra la conservación del derecho a la indemnización de los daños y perjuicios en los supuestos en que operan las restricciones a la exigencia del cumplimiento *in natura* establecidas en los párrafos segundo del artículo 9:101 y segundo y tercero del 9:102. Tal precepto se manifiesta en los siguientes términos: *«aun cuando el derecho a la pretensión de cumplimiento resulte excluido conforme a esta sección, nada impide la acción de resarcimiento de daños»*. La facultad de exigir la indemnización de daños y perjuicios se configura en este precepto como un remedio alternativo a la exigencia de cumplimiento, siempre y cuando no concurren las circunstancias que de conformidad con el artículo 8:108 hacen el incumplimiento justificado²²⁰. De una detallada lectura del artículo 8:102 relativo a la acumulación de remedios —*«los medios que no sean incompatibles pueden acumularse. En particular, las partes no pierden su derecho a la indemnización por daños y perjuicios en caso de haber utilizado cualquier otra vía a la que tengan derecho»*— y de su comentario relativo al *ius variandi*, podría colegirse que el artículo 9:103 no añade nada nuevo, pues como señalan DÍEZ-PICAZO *et alii* «las restricciones a la pretensión de cumplimiento que se recogen en los

suspender el cumplimiento del contrato desde el momento en que se muestre que, llegado el vencimiento de la prestación, la otra parte no cumplirá. Respecto a esta última excepción, se matiza en el comentario del artículo, que si bien la parte obligada a cumplir en primer lugar no puede suspender su obligación cuando la otra —obligada a cumplir con posterioridad— manifieste que no cumplirá, sí podrá diferir su prestación si resulta obvio que la parte obligada a cumplir en segundo lugar no realizará su prestación llegado el vencimiento. La facultad de suspender el cumplimiento debe ser puesta en conexión con los artículos 7:104 y 8:101 (3), relativos al orden en que deben realizarse las respectivas obligaciones y al incumplimiento causado en todo o en parte por la parte que lo sufre. El primero manifiesta que, siempre que sea posible y las circunstancias concurrentes no indiquen otra cosa, las partes deben llevar a cabo sus prestaciones de manera simultánea. Del segundo precepto, que hunde sus raíces en el principio general de buena fe, deriva que la parte que con su proceder ha provocado el incumplimiento de la otra, no se puede beneficiar de la invocación de la excepción de cumplimiento incumplido para suspender su propia obligación.

²²⁰ Indican MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., que «en todos los casos, se sustituye la pretensión de cumplimiento por la indemnización de daños y perjuicios», lo que debe ser matizado en un doble sentido: por un lado, para que se sustituya la exigencia de cumplimiento por la indemnización es necesario que se cumplan una serie de presupuestos entre los que se encuentra que el incumplimiento no sea justificado; por otro, no sólo se puede sustituir por la indemnización, también podrá exigir cualquier otro remedio siempre que se cumplan los requisitos de su ejercicio, «Algunos mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 2461.

arts. 9.101 y 9.102 no afectan necesariamente al resto de remedios fundados en el incumplimiento»²²¹. Los distintos tipos de remedios son independientes unos de otros, pudiéndose acumular los que no sean incompatibles; pero incluso cuando se opta por un remedio, posteriormente se puede ejercitar otro, aun cuando el segundo remedio fuese incompatible con el primero. Como ejemplo, se indica en el comentario de los PECL que «if, after having claimed specific performance, it learns that the defaulting party has not performed or is not likely to do so within a reasonable time, the aggrieved party may terminate the contract»²²². Por ello, cuando operan las restricciones a la exigencia de cumplimiento, el acreedor podrá acudir a cualquier otro remedio, siempre y cuando concurran los presupuestos de su ejercicio.

Debe destacarse que el texto de los PECL no contempla, en la misma línea seguida por los PICC, el criterio de la *lex fori* del artículo 28 de la CISG como limitador del derecho a exigir el cumplimiento. El acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento con independencia de que el órgano juzgador no contemple tal exigencia en su derecho nacional para contratos de compraventa similares. Por ello, en los PECL no se contempla la discrecionalidad de los jueces en orden a la exigencia del cumplimiento. En el comentario al artículo 9:102 se indica que «granting an order for performance thus is not in the discretion of the court; the court is bound to grant the remedy, unless the exceptions of paragraphs (2) or (3) apply. National courts should grant performance even in cases where they are not accustomed to do so under their national law»²²³.

Por último debe destacarse que la parte perjudicada, además de poder acudir a cualquiera de los medios de protección que le ofrece el artículo 8:101,

²²¹ DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 348.

²²² LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. 363.

²²³ LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. 396.

siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos para cada uno de ellos, puede, en virtud de lo establecido en el artículo 8:102²²⁴, ejercitar de forma acumulada más de un remedio, mientras resulten compatibles, consagrando expresamente la plena compatibilidad de la indemnización de los daños y perjuicios con todos y cada uno de los demás remedios. Por ejemplo, podrá ejercitarse la pretensión de cumplimiento y la indemnización de los daños y perjuicios, o la resolución del contrato y la indemnización, pero no la pretensión de cumplimiento y la resolución del contrato, o la reducción del precio por adolecer las mercancías de la calidad pactada y la resolución del contrato.

2.5.2. Conclusión

Si bien los PECL, al conferir con carácter general a la parte perjudicada la posibilidad de exigir el cumplimiento, parecen inclinarse por la pauta seguida en los sistemas de *Civil Law*, sería erróneo concluir que estemos en presencia de dos sistemas idénticos, y ello porque en los PECL se establecen una serie de excepciones tanto a la exigencia de cumplimiento de las obligaciones pecuniarias como a las no pecuniarias, que si bien algunas no son totalmente ajenas a los sistemas de *Civil Law*, entroncan directamente con las impuestas en los países de *Common Law*²²⁵. Por tanto, debe concluirse, como indica ZIMMERMANN²²⁶, que la postura adoptada por los PECL es una solución de

²²⁴ Sobre la compatibilidad de los distintos medios de tutela en consonancia con lo dispuesto en el artículo 8:102 de los PECL, *vid.*, los artículos 45.1 y 61.1 de la CISG y 7.2.1 y 7.2.2 de los PICC.

²²⁵ Sobre las excepciones a la exigencia de cumplimiento, tanto en las obligaciones pecuniarias como en las no pecuniarias, *vid.*, por todos: Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 336 a 347; NAVAS NAVARRO, S., *El incumplimiento...*, *op. cit.*, pp. 282 a 285; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho...», *op. cit.*, pp. 85 y 86; VAQUER ALOY, A., «Incumplimiento...», *op. cit.*, pp. 539 y 540.

²²⁶ ZIMMERMANN, R., indica que «el derecho unificado de la compraventa ha intentado situarse en un punto equidistante de los contrapuestos *civil law* y *common law*, aceptando el principio de cumplimiento específico, pero declarando que no es aplicable cuando el tribunal competente, según su derecho nacional, no puede condenar al cumplimiento *in natura* en los contratos de compraventa. También la norma plasmada en los PECL significa un compromiso,

compromiso, ya que combina elementos de ambos sistemas, pudiendo darse en la práctica, como advierte PALAZÓN, resultados semejantes, si bien lo que en un sistema es lo general, en el otro es la excepción²²⁷.

puesto que el cumplimiento específico se excluye por el art. 4.102 (2) en cuatro supuestos», *Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 127 y 128.

²²⁷ PALAZÓN GARRIDO, M.L., «puede apreciarse, de nuevo, que las excepciones, sin ser ajenas al *Civil Law*, enlazan con la regulación de esta acción en el *Common Law*, de modo que, partiendo de vías diferentes (en un sistema es la regla y en otro, la excepción) se llega a resultados parecidos», «Importancia de la...», *op. cit.*, p. 305.

CAPÍTULO TERCERO: CONFIGURACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS: CONCEPTO, FUNCIÓN Y PRESUPUESTOS

1. El concepto de la indemnización de los daños y perjuicios
2. La naturaleza jurídica de la indemnización
3. La indemnización de los daños y perjuicios: su función
 - 3.1. Los posibles tipos de intereses protegidos por la indemnización
 - 3.2. La función resarcitoria adoptada por los PECL: la protección del interés positivo
 - 3.3. Las funciones de la indemnización de daños y perjuicios rechazadas por los PECL
 - 3.3.1. Los *nominal damages*
 - 3.3.2. Los *punitives damages*
 - 3.3.3. El enriquecimiento injustificado
4. Los presupuestos de la indemnización de los daños y perjuicios: el incumplimiento inexcusable
 - 4.1. Introducción
 - 4.2. Las bases de la exigencia de la indemnización de los daños: el incumplimiento inexcusable
5. Estado de la cuestión en el Derecho uniforme anterior a los PECL

1. EL CONCEPTO DE LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

Como ya se ha indicado, son los Capítulos 8 y 9 de los PECL los que se dedican respectivamente al incumplimiento y medios de tutela en general y específicos. Ambos integran lo que se ha denominado *lato sensu*, el sistema de responsabilidad contractual de los PECL; siendo el Capítulo 8, el dedicado a esbozar lo que podría denominarse principios generales del sistema de responsabilidad contractual, y el Capítulo 9, la radiografía de los concretos remedios que integran dicho sistema¹.

El artículo 8:101, que se ocupa de enunciar los medios de tutela de que puede disponer la parte perjudicada por el incumplimiento del contrato, constituye el pilar sobre el que se sustenta todo el sistema de responsabilidad contractual de los PECL. De una lectura detallada del precepto podría colegirse que no sólo se limita a enumerar los medios de tutela a disposición de la parte perjudicada en función del tipo de incumplimiento producido, ya que también podrían deducirse muchos, si no todos los presupuestos exigidos para el ejercicio de los remedios contractuales.

Si bien es cierto que el artículo 8:101 es de vital importancia a la hora de abordar un estudio detallado del sistema de responsabilidad contractual de los PECL, no lo es menos que no contempla una definición de qué debe entenderse por el remedio de la indemnización de los daños contractuales. Tomando como punto de referencia los preceptos concretos que establecen la regulación de los daños y perjuicios en los PECL -Capítulo 9, sección 5, artículos 9:501 al 9:510- se advierte que dicha sección inicia la regulación del remedio resarcitorio con la enunciación en el párrafo primero del artículo 9:501 de los presupuestos necesarios para el nacimiento del derecho a la

¹ DIEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, p. 317.

indemnización, continuando con el establecimiento, en el artículo 9:502, en consonancia con lo establecido en los artículos 74 de la CISG y 7.4.2. de los PICC, del principio general de que la parte que sufre el daño tiene el derecho a volver a la situación lo más semejante posible a la que se hallaría si el contrato se hubiera cumplido en sus justos términos, lo que constituye la consagración en los PECL de la protección del interés contractual positivo o interés de cumplimiento –la *expectation interest* en la terminología del *Common Law* y *erfüllungsinteresse* en la del Derecho Alemán–, en contraposición a la protección del interés contractual negativo o interés de confianza, –el *reliance interest* en la terminología del *Common Law* y *vertrauensinteresse* en la del Derecho Alemán. Continúa la regulación de la indemnización en los PECL con el establecimiento en los artículos 9:503, 9:504 y 9:505 de una serie de matizaciones, limitaciones a dicho principio general; las formas de cálculo de los daños cuando el contrato se ha resuelto (artículos 9:506 y 9:507); cuando el incumplimiento consiste en el pago retrasado de una cantidad de dinero (artículo 9:508); la cláusula penal (artículo 9:509) y por último, el artículo 9:510 relativo a la moneda en la que deberán evaluarse los daños. De la regulación que los PECL realizan de la indemnización de los daños y perjuicios se debe concluir que, pese a su tratamiento minucioso y detallado, no ofrecen un concepto de la indemnización de los daños contractuales.

Si se acude a otros textos unificadores internacionales, se comprueba cómo tampoco ofrecen una definición de la indemnización de los daños y perjuicios. Los PICC dedican su Capítulo VII a la regulación del incumplimiento y de los diversos medios de tutela puestos a disposición de la parte perjudicada; en concreto es la sección IV la que establece el régimen jurídico de la indemnización de los daños y perjuicios, y al igual que sucede en los PECL, su regulación se preocupa de exponer cuáles son los presupuestos, límites, formas de cálculo, etc..., pero no de establecer un concepto de indemnización de los daños y perjuicios. Tampoco la CISG, que ofrece una regulación fragmentada de los derechos y acciones del vendedor (artículos 45 a 52, de la sección III, del Capítulo II, de la parte II), del comprador (artículos 61 a 65, de la sección III, del Capítulo III, de la parte III), y que regula dentro de las disposiciones comunes a las obligaciones del comprador y del vendedor, la

indemnización de los daños contractuales (los artículos 74 a 77, sección II, del Capítulo IV, de la parte III), contiene una definición legal acerca de qué es la indemnización de los daños y perjuicios. Los artículos 45 y 62, el primero, respecto al vendedor, y el segundo, respecto al comprador, además de enunciar qué medios de protección puede ejercitar la parte perjudicada por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que le incumben a la otra, constituyen el fundamento para que, bien el vendedor o bien el comprador, puedan exigir la indemnización de los daños sufridos, pero no contienen una definición de qué sea la indemnización de los daños y perjuicios. Los preceptos que específicamente se ocupan de la indemnización en la CISG, al igual que en los PECL y en los PICC, se limitan a sus presupuestos, extensión, límites, formas de cálculo, etc..., pero no a ofrecer un concepto legal de la indemnización de los daños y perjuicios².

Por lo que respecta a los textos unificadores norteamericanos, ni el UCC, en las normas dedicadas a la indemnización del remedio resarcitorio (§2-708 y siguientes), ni el *Restatement* (los artículos 346 y siguientes) ofrecen una definición de la indemnización de los daños y perjuicios.

La situación en el ámbito de los Derechos nacionales no es diferente; así nuestro Código Civil (artículos 1101 y siguientes), el *Codice Civile* italiano (artículos 1218 y siguientes) y el *Code Civil* francés (artículos 1146 y siguientes) se limitan a establecer en relación al remedio de los daños y perjuicios sus presupuestos, extensión, límites, formas de cálculo, etc..., pero tampoco ofrecen una definición legal del remedio.

Si bien es cierto que los PECL no establecen en su articulado un concepto legal de la indemnización de los daños contractuales, no lo es menos que de la regulación contenida en sus artículos 9:501 a 9:510 -como de la regulación del remedio que se aborda en los distintos textos normativos

² En la misma línea, los artículos 82 a 89, de la sección IV, del Capítulo V, de la ULIS establecen el régimen jurídico aplicable a la indemnización de los daños y perjuicios, de la misma forma que en los PECL, en los PICC y en la CISG, dedica sus preceptos a establecer presupuestos, límites, cálculo, etc..., pero no a definir qué es el remedio resarcitorio.

unificadores o nacionales referidos- se puede extraer que la indemnización de los daños y perjuicios en los PECL puede ser definida como el derecho a obtener una compensación pecuniaria como consecuencia de los daños patrimoniales o no patrimoniales, ya sean presentes o futuros, padecidos por una parte del contrato por el incumplimiento inexcusable de la otra o de sus auxiliares.

De la anterior definición del remedio resarcitorio, deriva que los presupuestos generadores de la indemnización de los daños y perjuicios sean, en principio, tres: el incumplimiento inexcusable del contrato, la producción de un daño o daños, y que exista un nexo causal entre el incumplimiento y el daño.

2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA INDEMNIZACIÓN

Si la determinación de la naturaleza jurídica de una figura debe referirse a la esencia de la misma, a qué sea realmente; para el estudio de la indemnización de los daños y perjuicios, debe acudirse a su configuración intrínseca, a su estructura.

El simple incumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato no genera la obligación de indemnizar los daños y perjuicios³. Del tratamiento del remedio resarcitorio en los PECL deriva que la parte que incumple un contrato

³ Entre otros, CARRASCO PERERA, A., afirma que «a tenor de una doctrina jurisprudencial, que por reiterada excusa toda cita, el mero incumplimiento obligacional no es fuente de la obligación de prestar la indemnización de daños contractuales. Esta doctrina, que es absolutamente de asentir, conlleva la afirmación más general de que la prestación del *id quod interest* no tiene su fundamento en el incumplimiento, sino en el *daño derivado de él*. En alguna ocasión en que el Tribunal Supremo parece haber afirmado lo contrario, sosteniendo la existencia de una especie de *daño in re ipsa* por el solo incumplimiento, la afirmación deberá entenderse en su términos, ya que generalmente expresa la conclusión, obtenida del examen del caso, de que efectivamente, el daño se produjo. Tomada en otros términos, la afirmación de que el mero incumplimiento es daño, constituye doctrina sin duda errónea», «Comentario a los artículos 1101 a 1107 del Código Civil», en AA. VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dirigido por Manuel Albaladejo), Tomo XV, Volumen 1º, Edersa, 1989, Madrid, p. 402.

no tiene la obligación de indemnizar por el mero hecho del incumplimiento⁴, sino que tal obligación surge *ex novo* a causa de la producción de unos daños y perjuicios que son consecuencia de un incumplimiento inexcusable del contrato⁵. El fundamento de la pretensión indemnizatoria se encuentra en la producción de daños y perjuicios. Por tanto, la indemnización es un efecto, una consecuencia jurídica del incumplimiento inexcusable que produce daños. Sin daño no existe obligación de indemnizar. La indemnización de los daños y perjuicios en los PECL es un reproche civil, una reacción del Derecho –dirigido no sobre la persona que produce los daños, como ocurría en el Derecho Romano, sino contra su patrimonio– que tiende a resarcir, a compensar, los daños patrimoniales o morales, presentes o futuros, irrogados por el incumplimiento inexcusable del contrato, restableciendo así el equilibrio y la situación económica en la que se encontraría la parte perjudicada si el contrato no hubiera producido daños como consecuencia del incumplimiento⁶. Por ello,

⁴ Señalan LANDO, O., BEALE, H., que «it is a common feature of the legal systems in the European Communities that damages are awarded only if and to the extent the aggrieved party has suffered a loss as a consequence of the non-performance of the contract. This applies both to pecuniary and to non-pecuniary loss, see on the latter note 4 below. The only exception may be the COMMON LAW where even if the aggrieved party has suffered no loss, nominal damages are allowed in case of breach of contract», *Principles of European Contract Law, Part I: Performance, Non-performance and Remedies*, (Prepared by The Commission on European Contract Law. Chairman: Professor Ole Lando), Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1995, p. 436.

⁵ En la misma postura adoptada por los PECL, se pronuncia en nuestro Derecho CARRASCO PERERA, A., al indicar que «en contra de una antigua tradición doctrinal que consideraba la reparación del daño contractual como un *effet des obligations* (DOMAT), hay que sostener que la indemnización no es efecto de ninguna obligación preexistente, sino una nueva obligación que surge del *daño injusto de incumplimiento*. Ni se constituye esta indemnización en “objeto de la obligación” incumplida, sino en consecuencia del incumplimiento del deudor», «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 403.

⁶ En nuestra doctrina se pronuncian sobre la naturaleza jurídica de la indemnización de los daños y perjuicios, entre otros: Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., afirma que «los daños contractuales tienen naturaleza compensatoria o de resarcimiento y no carácter punitivo», *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Volumen II. Las Relaciones Obligatorias*, 6ª edición, Civitas, Madrid, 2008, p. 783. Por su parte PINTÓ RUIZ, J.J., sostiene que «la indemnización de los daños y perjuicios es el resultado de una reacción del Derecho, que incide contra la persona que ha causado un daño efectivo, material o moral, a otra, mediando ciertas circunstancias que el ordenamiento jurídico establece. Pero esta reacción no se dirige contra la persona causante el daño, sino de forma indirecta contra su patrimonio, surgiendo en él un nuevo elemento pasivo; esto es, una nueva obligación en el sentido técnico de la palabra, la obligación legal de indemnizar daños y perjuicios», «Voz indemnización de daños y perjuicios», en AA. VV., *Nueva Enciclopedia Jurídica*, (bajo la dirección de Carlos E. Mascareñas y continuada por Buenaventura Pellisé Prats), Tomo XII, ed. Francisco Seix, S.A., Barcelona, 1965, p. 289. *Vid.*, CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, pp. 402 a 407.

la estructura, la naturaleza jurídica de la indemnización de los daños y perjuicios, es la de ser un resarcimiento económico del perjuicio provocado al acreedor.

Sobre la naturaleza jurídica de la indemnización, en la misma línea adoptada por los PECL, se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo en la sentencia de 28 de abril 1955⁷, afirmando que *«la indemnización de los daños y perjuicios no es una pena que se imponga a su causante y en cuya determinación influyan circunstancias personales ni objetivas, sino que es el resarcimiento económico del menoscabo producido al perjudicado, y por ello, si el causante del perjuicio debe repararlo, tiene que hacerlo en su totalidad para que al restablecerse el derecho perturbado se restablezca también el equilibrio y situación económica anterior a la perturbación sin desproporción entre tal menoscabo y su reparación»*. Ello ha sido reiterado en posteriores sentencias, tales como las de 20 de febrero de 1988⁸ y de 12 de enero de 2009⁹.

3. LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS: SU FUNCIÓN

3.1. Los posibles tipos de intereses protegidos por la indemnización

La función de la indemnización de daños y perjuicios viene predeterminada por el tipo de interés que dicho remedio protege. Los intereses protegidos pueden ser tres: *restitution interest*, *reliance interest* y *expectation interest*¹⁰.

⁷ STS de 28 de abril de 1955, ponente D. Acacio Charrín y Martín Veña (RJ 2009, 1555).

⁸ STS de 20 de febrero de 1988, ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1988, 1072).

⁹ STS de 12 de enero de 2009, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2009, 544).

El interés dirigido a obtener la restitución de la prestación obtenida por la parte incumplidora o *restitution interest*, tiene como función reintegrar en el patrimonio del sujeto cumplidor la prestación que ha obtenido la parte que ha incumplido. Con la protección del interés de restitución se persigue evitar el enriquecimiento injustificado de la parte incumplidora.

El interés dirigido a la protección de la confianza o *reliance interest*, tiene por objeto resarcir a la parte que sufre el incumplimiento los gastos que hubiera realizado en atención al contrato celebrado y posteriormente incumplido. Tiene como función situar a la parte cumplidora en la posición lo más parecida posible a la que tenía antes de la celebración del contrato.

Por último, el interés positivo, o *expectation interest*, tiene como finalidad situar al sujeto cumplidor, a costa del patrimonio del incumplidor, en una posición lo más semejante posible a la que tendría si el contrato se hubiera cumplido en todos sus términos¹¹. Cumple una función de indemnidad¹².

¹⁰ Sobre los distintos intereses que puede proteger la indemnización de los daños y perjuicios, *vid.*: ALPA, G., DELFINO, R., *Il contratto nel Common Law inglese*, 3ª ed., Cedam, Padova, 2005, pp. 186 a 187; FULLER, L.L., PERDUE, W.R., *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, (Traducción y comentario de derecho español por José Puig Brutau), Bosch, Barcelona, 1957, pp. 9 a 12 y TREITEL, G.H., *Remedies for Breach of Contracts. A Comparative Account*, Clarendon Press, 2ª ed., Oxford, 1989, pp. 82 a 84.

¹¹ Respecto al interés positivo, indica OLIVA BLÁZQUEZ, F., que «se ha afirmado que este principio refleja una fuerte influencia de los modelos indemnizatorios recogidos en los países del «common law», donde la disciplina del resarcimiento gira en torno a los «expectation interests» y tiene como finalidad la de colocar a la parte acreedora del cumplimiento en la misma posición en la que se encontraría de no haberse ratificado tal incumplimiento», «Aceptación, contraoferta y modificación del contrato de compraventa internacional a la luz del artículo 8 del Convenio de Viena, la indemnización de daños y perjuicios y el “deber de mitigar” “ex” artículo 77 CISG. Comentario a la STS de 28 de enero 2000 (RJ 2000, 454)», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2000, I, número 5, p. 205.

¹² El *Restatement*, a diferencia de los PECL y de la mayoría de los sistemas jurídicos de nuestro entorno, acoge los tres posibles tipos de intereses. El §344 titulado *Purposes of Remedies* dispone que «judicial remedies under the rules stated in this Restatement serve to protect one or more of the following interests of a promise: (a) his “expectation interest”, which is his interest in having the benefit of his bargain by being put in as good a position as he would have been in had the contract been performed, (b) his “reliance interest”, which is his interest in being reimbursed for loss caused by reliance on the contract by being put in as good a position as he would have been in had the contract not been made, or (c) his “restitution”, which is his interest in having restored to him any benefit that he has conferred on the other party». No obstante lo anterior, el comentario al artículo citado otorga un papel principal al interés positivo al establecer que «the law of contract remedies implements the policy in favor of allowing individuals to order their own affairs by making legally enforceable promises. Ordinarily, when a

3.2. La función resarcitoria adoptada por los PECL: la protección del interés positivo

Para la determinación de la naturaleza del interés protegido por la indemnización de los daños y perjuicios en los PECL, se debe acudir al estudio del artículo 9:502¹³, que se puede estructurar o dividir en dos partes:

La primera, donde dispone que la indemnización de los daños y perjuicios consiste en una cantidad de dinero que sitúe al acreedor perjudicado por el incumplimiento *«en una posición lo más próxima posible a la que hubiera disfrutado de haberse ejecutado correctamente los términos del contrato»*. La indemnización de los daños y perjuicios se decanta a favor de la protección del interés positivo, por lo que tiene como función la de situar al sujeto dañado por el incumplimiento del contrato en la misma situación en la que se hubiera encontrado de no haberse producido el hecho dañoso, eliminando los efectos dañosos del incumplimiento¹⁴. Cumple así una función exclusivamente indemnizatoria, compensatoria o reparadora¹⁵.

court concludes that there has been a breach of contract, it enforces the broken promise by protecting the expectation that the injured party had when he made the contract. It does this by attempting to put him in as good a position as he would have been in had the contract been performed, that is, had there been no breach. The interest protected in this way is called the “expectation interest”».

¹³ LANDO, O., BEALE, H., afirman que «this Article combines the widely accepted “expectation interest” basis of damages and the traditional rule of “damnum emergens” and “lucrum cessans” of Roman law, namely that the aggrieved party is entitled to compensation of such amount as will give it the value of the defeated contractual expectation» *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, op. cit., p. 438.

¹⁴ Sobre la función reparadora de la indemnización de los daños y perjuicios en los PECL se pronuncian, entre otros: Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., afirmando que «la función del remedio indemnizatorio es resarcir el daño causado por el incumplimiento del contrato. Es presupuesto necesario el que el incumplimiento produzca un daño. El incumplimiento en sí mismo no constituye daño resarcible», op. cit., p. 370; CHENGWEI, L., indica que «the principle of full compensation under the three texts “makes it clear that the Basic philosophy of the action for damages is to place the injured party in the same economic position he would have been in if the contract had been performed”», «Remedies for Non-performance: Perspective from CISG, UNIDROIT & PECL», <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei-74.htm>, p. 3; NAVAS NAVARRO, S., afirma que «con carácter general, el art. 9:502 prescribe que la indemnización debe consistir en una cantidad de dinero que coloque al contratante perjudicado tan cerca posible de la situación en que estaría si el contrato se hubiera cumplido. Se trata de indemnizar, en la línea de la CV (art.

Y, la segunda, donde dispone que la indemnización comprenderá «*las pérdidas efectivamente sufridas por la parte perjudicada y las ganancias que haya dejado de obtener*». Suma al valor de la pérdida sufrida, es decir, el *damnum emergens*, el de las ganancias que haya dejado de obtener el acreedor como consecuencia del incumplimiento, es decir, *lucrum cessans* (*actual loss* y *loss of profit*, respectivamente en la terminología del *Common Law*)¹⁶. Contempla la regla general del denominado principio de reparación

74) y de los Principios UNIDROIT (art. 7.4.2.), el INTERES CONTRACTUAL POSITIVO o INTERES DE CUMPLIMIENTO (*Erfüllungsinteresse*, *expectation interest*), excluyéndose el INTERES CONTRACTUAL NEGATIVO o INTERES DE LA CONFIANZA (*Vertrauensinteresse*, *reliance interest*), es decir, la situación en la que se encontraría si no hubiera celebrado el contrato, si no hubiera confiado en la ejecución del contrato», «El resarcimiento de daños en los Principios de Derecho de los Contratos (Con especial referencia al Derecho español)», *Actualidad Civil*, 2000, pp. 1241 y 1242.

¹⁵ En la misma línea resarcitoria o compensatoria de los PECL se manifiestan, en relación a la CISG: ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., afirmando que «la razón de ser de la acción por daños y perjuicios es la de situar a la parte cumplidora en la misma posición que ostentaría de haberse cumplido el contrato (interés contractual positivo o *expectation interest*)», *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, p. 224; VIGURI PEREA, A., sostiene que la indemnización «cumple una función exclusivamente indemnizatoria o compensatoria», *Los Contratos Comerciales Internacionales: análisis de la compraventa desde la perspectiva del Derecho Comparado (Derecho español, Derecho norteamericano, Principios Unidroit y Convenio de Viena)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007, p. 236. Sobre la función del resarcimiento en el *Common Law*, MCGREGOR, H., sostiene que «la regla básica de que el resarcimiento es posible como compensación de la pérdida resultante del incumplimiento de un contrato», *Contract Code...*, *op. cit.*, p. 111; para ALPA, G., DELFINO, R., «la regola fondamentale in materia di *damages* nel *common law* inglese è che il danno deve essere inteso come misura del risarcimento e quindi ha funzioni meramente *satisfattive* (*damages are compensatory*)», *Il contratto nel...*, *op. cit.*, p. 185; TREITEL, G.H., señala que «*damages are compensatory. The definition of the interests protected by the law of contract (infra ss. 82-5) contains in itself some limitation of liability. It is based on the assumption that there must be some injury to these interests before damages will be awarded. In other words, it reflects the principle that damages are compensatory. This principle limits the extent of recoverable damages in various ways*», *Remedies for Breach...*, *op. cit.*, p. 76. En relación al Código Europeo de Pavía destaca VICENTE DOMINGO, E., la función reparadora del remedio resarcitorio, «El resarcimiento de daños», en AA. VV., *Código Europeo de Contratos*, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), Tomo II Comentarios en Homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, (dirigido por Carlos Vattier, José M^a. de la Cuesta y José M^a Caballero), Dykinson, Madrid, 2003, p. 614.

¹⁶ «The legal systems seem to agree that the general measure of damages should be such as to put the aggrieved party into the position in which he would have been if the contract had been duly performed. In the COMMON LAW this measure of damages has come to be called the expectation interest (see *Fuller & Perdue* (1936) 46 Yale L.J. 52), in GERMANY and AUSTRIA “*positives Interesse*” or “*Erfüllungsinteresse*”. It is contrasted with the reliance interest which aims at putting the aggrieved party into the position in which he would have been if the contract had not been concluded (German “*Vertrauensinteresse*”)», LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. 440.

total del daño o reparación integral del daño (*full compensation*), mediante la que se ejecuta la protección del interés positivo.

En definitiva, la función resarcitoria que tiene la indemnización de daños y perjuicios dentro del sistema de responsabilidad contractual diseñado por los PECL¹⁷, no es más que la consecuencia lógica del concepto y naturaleza jurídica establecidos. Si, como se ha dicho, la indemnización no es más que el derecho a obtener una compensación pecuniaria como consecuencia de los daños patrimoniales o morales, ya sean presentes o futuros, padecidos por una parte del contrato por el incumplimiento inexcusable de la otra o de sus auxiliares; y su estructura es la de ser un resarcimiento económico del perjuicio provocado al acreedor, en ningún caso se puede atribuir a este remedio una función punitiva, ni de enriquecimiento injusto, ni cualquier otra que no sea la resarcitoria¹⁸.

¹⁷ En el Derecho español se pronuncian sobre la función de los daños y perjuicios, entre otros: ALBALADEJO GARCÍA, M., señalando que «tendiendo la indemnización a que el acreedor se rezarsa de los daños y perjuicios sufridos a causa del incumplimiento o del cumplimiento inexacto», *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones, Volumen primero. La obligación y el contrato en general*, 10ª ed., Bosch, Barcelona, 1997, p. 199; CAPILLA RONCERO, F., sostiene que «dándose todos sus presupuestos, el derecho a la reparación y el correlativo deber de reparar surgen con la finalidad de eliminar el daño causado por el incumplimiento de la prestación original, predisponiendo el ordenamiento los medios necesarios para imponer la observancia de tal deber, incluso coactivamente», *La Responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Fundación Universitaria de Jerez, 1989, p. 49. *Vid.*, también CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, pp. 407 a 409; CRISTÓBAL MONTES, A., *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 219; LLAMAS POMBO, E., «Comentario a los artículos 1.096 al 1.109 del Código Civil», en AA. VV., *Jurisprudencia Civil Comentada, Código Civil*, Tomo II, (dirigido. Miquel Pasquau Liaño), Comares, Granada, 2000, pp. 1812 y 1813.

¹⁸ Sobre la función de la indemnización de los daños y perjuicios ha declarado la STS de 1 de julio de 1993, ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1993, 5784) que «es doctrina reiterada de esta Sala que el fin de la indemnización es tanto como reparación o compensación y trata de conseguir que el patrimonio del lesionado quede, por efecto de la indemnización y a costa del responsable del daño, en situación igual o, al menos equivalente al que tenía antes de haber sufrido el daño». En la misma línea se pueden *vid.*, también las SSTs de fecha 10 de marzo de 2009, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2009, 2796) y de 20 de mayo de 2009 ponente, D. José Almagro Nosete (RJ 2009, 3184).

3.3. Las funciones de la indemnización de daños y perjuicios rechazadas por los PECL

3.3.1. Los *nominal damages*

Tal y como se encuentra configurado el remedio resarcitorio en los PECL, sin la prueba de los daños, no existe deber de indemnizar. La indemnización no cumple una función declarativa del incumplimiento, su función es, como ya se ha indicado, puramente resarcitoria, por lo que no tienen acogida los *nominal damages*¹⁹. Los daños nominales o *nominal damages* son una figura propia del *Common Law* que impone una simbólica indemnización a la parte incumplidora en aquellos supuestos en los que, aun habiendo incumplimiento, no se han producido daños. Uno de los logros del *Contract Code* de MCGREGOR, en *pro* del acercamiento entre el *Common Law* y el *Civil Law*, es la supresión de los tradicionales *nominal damages*. La anterior afirmación ha sido plasmada en el artículo 432 que establece que «*no procede el remedio de resarcimiento cuando el demandante no logre probar el daño a él ocasionado por el incumplimiento del contrato*»²⁰.

¹⁹ Sobre el rechazo de los PECL a los *nominal damages*, *vid.*, por todos: Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 370; MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios», en AA.VV., *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, (editores Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 466; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho contractual europeo: incumplimiento y remedios», en AA.VV., *Europa y los nuevos límites de autonomía privada*, (Juan Miguel Ossorio Serrano ed.), Universidad de Granada, 2005, p. 88. Tampoco han tenido acogida los *nominal damages* en la CISG, *vid.* al respecto: VIGURI PEREA, A., *Los Contratos Comerciales...*, *op. cit.*, p. 236; PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario artículo 74», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, p. 580.

²⁰ Al respecto, ha señalado ZIMMERMANN, R., que «el perjudicado debe haber sufrido un daño. Esto es consustancial a los ordenamientos jurídicos de *civil law*. Los tribunales ingleses pueden conceder, por su parte, “*nominal damages*”. Se trata simplemente de una reminiscencia histórica superada de una época en que la acción meramente declarativa era inadmisibile; ya que en el siglo XIX se señalaba a lo “*nominal damages*” como un mero “colgador” (“*peg*”) para las sentencias sobre costas», *Estudios de Derecho Privado Europeo*, (traducción Vaquer Aloy), Civitas, Madrid, 2000, p. 128.

3.3.2. Los *punitive damages*

De la misma forma que sin daño no existe la obligación de indemnizar, tampoco la parte insatisfecha puede obtener una suma pecuniaria superior al daño que se le haya irrogado por el incumplimiento; por lo que la indemnización no desempeña una función preventivo-punitiva²¹. En los PECL²² no tienen cabida los *punitive damages* ni los *exemplary damages*²³. El remedio resarcitorio no persigue castigar al sujeto incumplidor, sino compensar económicamente al que sufre los daños mediante una indemnización acorde con los perjuicios. La indemnización se orienta, como ya se ha reiterado, en situar a la parte perjudicada por los daños derivados del incumplimiento en una situación lo más parecida posible a la que se hubiera encontrado de haberse cumplido el contrato. El artículo 9:502 consagra el principio de reparación integral del daño, que encuentra una importante limitación en la regla de la previsibilidad del daño (artículo 9:503). El *test* de previsibilidad tiene un efecto atenuador de la indemnización, limitándola a los daños previstos o previsibles en el momento de la celebración del contrato. Tal limitación desaparece cuando el sujeto deudor incumple de forma deliberada o con negligencia grave. Que el deudor doloso no se beneficie del *test de previsibilidad* no puede ser argumento para sostener que en tales supuestos la indemnización tenga una

²¹ Sobre el papel de los *punitive damages* en el *Common Law*, indica TREITEL, G.H., que «the third consequence of the principle that damages for breach of contract are compensatory is that generally speaking 'punitive' (also called 'exemplary') damages will not be awarded for breach of contract. Such damages may be awarded in tort cases, not to compensate the plaintiff but to indicate the tribunal's disapproval of the conduct of the defendant. They should strictly speaking be distinguished from damages for injured feelings or mental suffering which are regarded as compensatory in the sense that they are based on the hurt to the plaintiff and not on a desire to punish the defendant, though in practice courts or juries seem sometimes to lose sight of the distinction», *Remedies for Breach...*, *op. cit.*, p. 78. En la actualidad, también rechaza la función preventiva-punitiva de la indemnización, el artículo 433 del *Contract Code*, estableciendo que «el resarcimiento de daños por incumplimiento de contratos, aunque éste sea deliberado, no se concede ni como castigo para la parte incumplidora, ni como ejemplo para otros».

²² En el mismo sentido se manifiestan en relación a la CISG, entre otros: VIGURI PEREA, A., *Los Contratos Comerciales...*, *op. cit.*, p. 237 y PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario artículo 74», *op. cit.*, p. 580.

²³ Al respecto, MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., señalan que «quedarían excluidos, en todo caso, los daños punitivos (los *punitive damages*), que son los que tienden a penalizar a la parte causante de unos daños derivados de una actitud fraudulenta», «Mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 466.

función preventivo-punitiva, puesto que, si bien se extienden los daños a indemnizar, dicha extensión tiene como límite los daños efectivamente producidos²⁴. No se castiga al deudor en atención a su conducta, sino que no se beneficia, no se atenúa su deber de indemnizar íntegramente los daños producidos²⁵.

En tal sentido, no está de más reconocer que en el Derecho Comunitario, el Reglamento (CE) Nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»)²⁶, advierte de la posible oposición de los *punitive damages* y los *exemplary damages* al orden público. Concretamente, en su considerando número 32 se indica que *«consideraciones de interés público justifican, en circunstancias excepcionales, el recurso por los tribunales de los Estados miembros a excepciones basadas en el orden público y en leyes de policía. En particular, la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento que condujera a la asignación de daños e intereses ejemplares o punitivos de naturaleza excesiva, puede, según las*

²⁴ DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., afirman que la excepción al *test* de previsibilidad del artículo 9:503 «en el fondo, no es más que acoger el principio de indemnización integral con todo su rigor», *op. cit.*, p. 378. Interesantes resultan las reflexiones de PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pp. 1023 a 1043, en relación a la ausencia de función preventiva-punitiva del artículo 1007.II del CC.

²⁵ En la misma línea se ha pronunciado nuestra jurisprudencia, entre otras, la STS de 20 de febrero de 1988, ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1988, 1072), para la que el remedio de la indemnización de daños «no es una que se imponga al incumplidor causante de ellos, sino que es el resarcimiento económico del menoscabo producido al perjudicado, y por ello, si la reparación tiene que ser total para restablecer el equilibrio y situación anterior al incumplimiento, ha de hacerse sin desproporción entre tal menoscabo y su reparación». Más contundente se muestra la STS de 12 de enero de 2009, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2009, 544), al señalar que «el Sr. Ángel Jesús se fue a litigar a los Tribunales de Florida reclamando unas cifras astronómicas (nada menos que 455.000.000 dólares USA más los intereses y costas) en base a una figura inexistente en el Derecho Español: los “punitive damages”, o sanción indemnizatoria que en la jurisdicción y legislación americana, constituye un plus de compensación por los daños y perjuicios sufridos que fija de forma libérrima el jurado y que guarda relación con la posición económica de la parte que la sufre, en este supuesto, Usa Sogo, Inc., de modo que, a mejor situación patrimonial, mayor es la cuantía de la sanción, cuando en realidad, los “daños reales”, siempre según el Sr. Ángel Jesús eran muy inferiores como reconoció el Sr. Ángel Jesús en la respuesta a la posición 11ª».

²⁶ DOCE L 199 de 31 de julio de 2007, pp. 40 a 49 (consultar en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:199:0040:0049:ES:PDF>).

circunstancias del caso y el ordenamiento jurídico del Estado miembro del órgano jurisdiccional competente, considerarse contraria al orden público del foro».

En el campo de la responsabilidad civil, un amplio sector de nuestra doctrina ha rechazado, apoyándose en que la Constitución reserva el ejercicio de la potestad sancionadora a los ámbitos penales y administrativos, el carácter punitivo de las indemnizaciones. En este sentido, Díez-PICAZO ha afirmado que «en los Derechos europeos continentales, la función punitiva la cumplen exclusivamente las normas penales, acompañadas a veces por lo que se ha llamado el Derecho administrativo sancionador»²⁷. A los argumentos constitucionales, MARTÍN CASALS añade estrictas razones de Derecho privado²⁸. Debe indicarse que también se ha argumentado en contra de la aceptación de los *punitives damages*, que su aceptación podría dar lugar a un enriquecimiento del que sufre el daño, lo que ha llevado a Díez-PICAZO a señalar que «si se quiere castigar y se está autorizado para castigar, no parece justo ni equitativo proporcionar a quien sufrió un daño sumas que sean superiores a este daño, porque en tal caso se le está enriqueciendo. Si se considera justo obtener del autor de un hecho ilícito exacciones, multas o cosa parecida, más allá del importe del daño efectivamente causado, lo justo es que estas sumas vayan a parar a manos del común o lo que es lo mismo al Tesoro público»²⁹.

Por último, debe destacarse, que no faltan autores que sostienen la adopción, en determinados casos y con los controles necesarios, de los daños punitivos. Entre los que con mayor detalle han abordado la cuestión debe citarse a REGLERO CAMPOS, quien ha indicado «que, con las necesarias

²⁷ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 44. Niegan la función preventiva-punitiva de la indemnización en el ámbito contractual, entre otros: LLAMAS POMBO, E., *Cumplimiento por equivalente...*, *op. cit.*, pp. 85 y ss. y VERDERA SERVER, R., *El Cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1995, pp. 66 y 67.

²⁸ MARTÍN CASALS, M., «Notas sobre la indemnización por daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982», en AA. VV., *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, tomo II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1231 a 1273.

²⁹ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 46.

cauteladas y sometida a rigurosos mecanismos de control, una eventual adopción de los “punitives damages” por el Derecho español (bien en su estado puro, bien bajo la fórmula de los “múltiples damages”) coadyuvaría a dotar a la responsabilidad civil de una, creo que deseable, más eficaz función disuasoria. Yo no veo mal que el perjudicado pueda obtener un *plus* de indemnización atendiendo no sólo al hecho de que ha sufrido un daño determinado y a su entidad, sino también a la forma en que se produjo, y a las circunstancias que rodearon el hecho (singularmente el beneficio que obtuvo el dañante por el acto ilícito) tampoco que se imponga un cierto castigo económico a quien lo causó, cuando lo hizo de una forma particularmente intolerable, y que afectaría a uno de los elementos más sensible de su esfera jurídica: su patrimonio»³⁰.

3.3.3. El enriquecimiento injustificado

Por último, tampoco tiene la indemnización de daños y perjuicios en los PECL la función de evitar que la parte incumplidora se beneficie por la no realización de la prestación pactada. No se protege el *restitution interest*. La indemnización se sitúa en la esfera del acreedor y toma como base los daños que el incumplimiento le ha producido, y no los posibles beneficios que haya obtenido el deudor por el incumplimiento. La indemnización no tiene la función de privar al deudor del enriquecimiento injustificado, no existe aumento patrimonial injustificado del deudor incumplidor, con el correlativo empobrecimiento del acreedor insatisfecho. La indemnización persigue el equilibrio patrimonial, mediante el oportuno resarcimiento, no las ganancias obtenidas por el que incumple³¹.

³⁰ REGLERO CAMPOS, F., «Capítulo I. Conceptos generales y elementos de delimitación», en AA. VV., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Parte General, L. Fernando Reglero Campos coordinador, cuarta edición, Aranzadi, Navarra, 2008, p. 89. *Vid.* también las pp. 90 a 92 en las que rebate los argumentos relativos a la prohibición constitucional y el enriquecimiento injustificado de los punitives damages, así como establece el régimen que considera adecuado aplicarles.

³¹ En consonancia con los PECL, nuestra jurisprudencia también ha rechazado la protección del *restitution interest*, *vid.*, por todas, las SSTs de fecha 7 de junio de 1988, ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1988, 4823) y de 20 de mayo de 2009, ponente D. José Almagro Nosete (RJ 2009, 3184): «Situada pues la reclamación en el régimen

4. LOS PRESUPUESTOS DE LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS: EL INCUMPLIMIENTO INEXCUSABLE

4.1. Introducción

Es el artículo 9:501 el que establece las bases de la exigencia de los daños y perjuicios, ofreciendo las condiciones o los presupuestos sustantivos que han de concurrir para ejercitar la reclamación de los daños y perjuicios.

Tales condiciones o presupuestos se extraen de lo establecido en el párrafo primero del artículo 9:501: *«La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios respecto de las pérdidas sufridas a consecuencia del incumplimiento de la otra parte, siempre que este incumplimiento no quede cubierto por la excepción del artículo 8:108»*³². Por tanto, la parte insatisfecha tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios siempre que sufra pérdidas como consecuencia del incumplimiento de la otra parte, y dicho incumplimiento sea inexcusable o injustificado, es decir, no se beneficie de la exoneración establecida por el artículo 8:108. En términos estrictos, la obligación de indemnizar los daños surge de la concurrencia de tres presupuestos o requisitos: el incumplimiento del contrato -*non performance*-, la producción de daños y perjuicios -*damages*-, y un nexo causal entre el incumplimiento y los daños -*caused by the other party's non-performanced*-. No obstante lo anterior, como el artículo 8:108 contempla la

general de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones, a tenor del *artículo 1106 CC* no cabe poner en duda que la indemnización por daños ha de comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante, constituyendo el único límite del resarcimiento la indemnidad del perjudicado (Sentencias de 26 de noviembre de 1994, de 13 de abril de 1987 y de 28 de abril de 1992), por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento (Sentencias de 6 de octubre de 1982, de 2 de abril de 1997), pero no procurar una ganancia o un enriquecimiento al perjudicado».

³² «Article 9:501: Right to Damages. (1) The aggrieved party is entitled to damages for loss caused by the other party's non-performance which is not excused under Article 8:108».

exoneración por imposibilidad en el cumplimiento, es decir, cuando un incumplimiento es excusable, y que una de sus consecuencias sea que el perjudicado no podrá ejercitar para satisfacer su derecho de crédito lesionado el remedio de la indemnización de daños y perjuicios, considero más adecuado, cuando se hable del incumplimiento como presupuesto de la indemnización, hacerlo empleando la expresión “incumplimiento inexcusable”, porque es el único tipo de incumplimiento que faculta al acreedor insatisfecho para obtener una indemnización. Y ello, no siendo ajenos al hecho de que la excusabilidad del incumplimiento no constituye un presupuesto del remedio indemnizatorio *stricto sensu*, puesto que tiene una función enervadora, exoneradora de la obligación de indemnizar los daños.

De los presupuestos enunciados se colige que en la construcción del remedio indemnizatorio diseñado por los PECL, como en la del resto de remedios que integran su sistema de responsabilidad contractual, no es presupuesto indispensable la existencia de la culpa, *fault* en la terminología de la “Comisión Lando”³³. Como ya se ha dicho, el sistema de responsabilidad

³³ Por lo que respecta al papel de la culpa en los PECL, indican LANDO, O., BEALE, H., «where a party's obligation is to produce a given result, its failure to do so entitles the aggrieved party to damages whether or not there has been fault by the non-performing party, except where performance is excused (see Article 8:108 and Comment). Where a party's obligation is not to produce a result but merely to use reasonable care and skill it is liable only if it has failed to fulfil its obligation, that is to say if it has not exercised the care and skill it has promised. In the absence of a clause specifying the required degree of care and skill, this is equivalent to the commission of a fault», *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. 434. En similares términos CHENGWEI, L., indica que «The right to damages, “likes other remedies, arises from the sole fact of non-performance. It is enough for the aggrieved party simple to prove the non-performance, i.e. that it has not received what it was promised. It is in particular not necessary to prove in addition that the non-performance was due to the fault of the non-performance party. The degree of difficulty in proving the non-performance will depend upon the content of the obligation and in particular on whether the obligation is one of best efforts or one to achieve a specific result”», *op. cit.*, pp. 1 y 2. Señalan Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., que «el derecho a exigir indemnización de los daños surge del hecho mismo del incumplimiento, con independencia de que haya existido o no culpa en el deudor», *op. cit.*, p. 374. Para VAQUER ALOY, A., «la culpa no aparece como presupuesto del deber de indemnizar los daños y perjuicios, con lo que adquiere tintes objetivos, pero sí que la excusa del incumplimiento lo excluye», «Incumplimiento del Contrato y Remedios», en AA.VV., *Derecho Privado Europeo*, (coordinado por Sergio Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2003, p. 543. Sobre la posición de la culpa en el Derecho Privado Comparado, ya ha advertido ZIMMERMANN, R., que «el principio de la culpa se halla en retroceso en la evolución jurídica actual». Retroceso que se constata no sólo en la CISG y en los PICC y PECL, sino también en las modernas codificaciones europeas y en las corrientes doctrinales y jurisprudenciales más recientes, *Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 125.

contractual proyectado por los PECL es objetivo³⁴. De la misma manera que la CISG y los PICC, los Principios Lando han desterrado el presupuesto de la culpa como criterio de imputación de responsabilidad y por consiguiente como requisito de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios³⁵. El sistema adoptado por los PECL es absoluto y objetivo, no exige la concurrencia de la culpa como criterio configurador de la responsabilidad contractual³⁶. Se

³⁴ Sobre el carácter objetivo del sistema de responsabilidad contractual en los PECL: Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., señalan que «el art. 8:101 (2) pone también de manifiesto que el régimen de responsabilidad contractual de los PECL (como el de la CISG) es un régimen objetivo, pues, en general, los remedios se basan exclusivamente en el incumplimiento. Lo es, incluso, la indemnización de daños, pues la causa de exoneración del art. 8:108 no debe interpretarse bajo la idea de falta de culpabilidad», *op. cit.*, p. 327. *Vid.* también PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho...», *op. cit.*, p. 83.

³⁵ Al respecto indica CHENGWEI, L., que «under the CISG, Art. 45/61 provides that if the seller/buyer fails to perform any of his obligations under the contract or the Convention, the other party may “claim damages as provided in articles 74 to 77” (Art. 45(1)(b)/61(1)(b). Furthermore, the entitled party “is not deprived of any right he may have to claim damages by exercising his right to other remedies” (Art.45(2)/61(2)). It is confirmed in the two Principles. Art 7.4.1. UPICC establishes the principles of a general right to damages in case of non-performance as: “Any non-performance gives the aggrieved party a right to damages either exclusively or in conjunction with any other remedies except where the non-performance is excused under these Principles”. Art. 9:501(1) PECL reads similarly: “The aggrieved party is entitled to damages for loss caused by the other party’s non-performance which is not excused under Article 8:108”», *op. cit.*, p. 1.

³⁶ En el Derecho Español, la doctrina tradicional caracteriza a nuestro sistema de responsabilidad contractual como subjetivo, partiendo del principio de que sin culpa no existe responsabilidad, y de la que son fiel reflejo, entre otros: ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil. II...*, *op. cit.*, p. 197; BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, pp. 247 y ss; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, 14 edición, Tomo III, (revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero), Reus, Madrid, 1986, p. 248; PINTÓ RUIZ, J.J., «Voz indemnización de daños...», *op. cit.*, p. 290. Deben destacarse las reflexiones de CARRASCO PERERA, A., para quien «el artículo 1.101 del Código civil determina en sede del Derecho civil los casus interesse cuando la obligación ha sido incumplida por el deudor. Se recogen en él tanto las causas materiales de la obligación de indemnizar como los criterios de imputación de esta obligación resarcitoria...en el artículo 1.101 la culpa y el dolo no son materialidad del incumplimiento (causa material del daño). La culpa no es incumplimiento material de la obligación previa de conservar la cosa debida en las obligaciones de dar. Tampoco la culpa es el incumplimiento material en las obligaciones de hacer diligente; en éstas, la no puesta de la diligencia debida (v. gr., mandato) no es culpa, sino incumplimiento material. Culpa y dolo en el Código civil pasan a ser criterios de imputación al deudor de la materialidad del daño, y no causas materiales del mismo. En este orden de cosas, la mora y la contravención no son en el Código civil fuentes de responsabilidad (sólo exonerables por la prueba del caso fortuito), sino fuente de daños cuyo fundamento de imputación es la culpa y el dolo.. En resumen, tendríamos dos causas materiales de daño (mora y contravención) y dos criterios de imputación de estos daños, la culpa y el dolo...Aceptamos con esto el criterio doctrinal de responsabilidad subjetiva del deudor («responsabilidad por culpa») tradicional en nuestra doctrina. Si bien advirtiendo...la escasa o nula entidad que en la aplicación práctica ha de tener el decantarse por uno u otro de los sistemas que con carácter de unilateralidad, pretende explicar «subjetiva» u «objetivamente» la responsabilidad del deudor», «Comentario a los artículos 1101 a 1107...», *op. cit.*, pp. 377 a 382. Posteriormente DE PABLO CONTRERAS, P., continua defendiendo que

«son presupuestos de esta acción de resarcimiento: 1.º Que exista incumplimiento del deudor: *morosidad o contravención del tenor de la obligación* que tuviere asumida. 2.º Que ese incumplimiento produzca un daño al patrimonio o los intereses del acreedor. 3.º Que el daño sea objetivo y subjetivamente imputable al deudor: que sea *previsible* y que haya intervenido *dolo o negligencia* (culpa) por su parte», «Incumplimiento de...», *op. cit.*, p. 196. Son reiteradísimas las SSTs que, ancladas en la doctrina de un sistema de responsabilidad contractual subjetivo, exigen para el ejercicio de la indemnización de daños y perjuicios la concurrencia de cuatro requisitos: incumplimiento, daños, nexo causal y culpa. Al respecto, pueden verse, entre otras: la de 30 de noviembre de 1973, ponente D. Federico Rodríguez Solano y Espín (RJ 1973, 4547) sostiene que «los requisitos necesarios para la aplicación del referido art. 1101, según la doctrina contenida por esta Sala...: la preexistencia de una obligación —la contraída en las cartas del 24 julio y 21 septiembre 1968—, su incumplimiento debido a culpa, negligencia o falta de diligencia del demandado, no a caso fortuito o fuerza mayor, la realidad de los perjuicios ocasionados a las otras contendientes, y el nexo causal eficiente entre aquella conducta y los daños producidos, por lo que, al haberlo estimado así el Tribunal a quo aplicó correctamente el art. 1101»; la de 2 de abril de 1986 ponente, D. Jaime Santos Briz (Id Cendoj 28079110011986100206) afirma que «los requisitos que la jurisprudencia y la doctrina exigen para entender subsistente la responsabilidad por daños y perjuicios derivados de infracción de contrato; así la imputabilidad del agente, que el mismo reconoció al hacer gestiones para la reparación de los daños; una conducta culposa o imperita, al emprender una obra sin los necesarios conocimientos técnicos para ella y la falta de compactación del terreno; un daño sobrevenido por la ruptura de la presa, que hubo de soportar la entidad demandante, y una relación causal entre la conducta negligente del demandado como constructor de la presa, los daños por su ruptura y los perjuicios sufridos»; la de 10 de octubre de 1990, ponente D. Rafael Casares Córdoba (RJ 1990, 7592) defiende que «las circunstancias cuya concurrencia la doctrina legal interpretadora del art. 1101 del Código Civil exigen para que de un incumplimiento contractual derive la obligación de indemnizar perjuicios a cargo del incumplidor, para aquél a cuyo favor estuviese establecido el vínculo: obligación constituida, incumplimiento por el obligado y consiguiente causación efectiva de perjuicios derivados precisamente de ese incumplimiento en relación causa-efecto»; la de 29 de septiembre de 1994, ponente D. Alfonso Barcalá y Trillo-Figueroa (RJ 1994, 7026) sostiene que «la reparación indemnizatoria que deriva de la observancia del art. 1101 del Código Civil viene condicionada a una doble contingencia, como tiene proclamado una constante y reiterada jurisprudencia de esta Sala, que, por ser general conocimiento, excusa de la cita de las sentencias que la recogen: la probanza de los daños y perjuicios, cuya existencia y prueba es cuestión de hecho, y la atribución de su comisión a un quehacer doloso, negligente o moroso, es decir, a una conducta culposa entendida en sentido amplio»; la de 4 de marzo de 1995, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 1995, 3132) indica que «los requisitos necesarios para la aplicación del artículo 1101 del Código Civil son: la preexistencia de una obligación entre las partes, su incumplimiento debido a culpa, negligencia o falta de diligencia del demandado y no a caso fortuito o fuerza mayor, la realidad de los perjuicios ocasionados a la otra parte y el nexo causal eficiente entre aquella conducta y los daños producidos». En la misma línea las STS de 3 de julio de 2001, ponente D. Román García Varela (Id Cendoj 28079110002001100351); de 5 de octubre de 2002, ponente D. José de Asís Garrote (RJ 2002, 9264) y de 10 de octubre de 2003, ponente D. Clemente Auger Liñan (Id Cendoj 28079110002003100712). Frente a la tradicional doctrina de la culpa, en el año 1957, PUIG BRUTAU, J., en la traducción y comentario de la obra de FULLER y PERDUE *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, *op. cit.*, pp. 150 y ss, tomando como punto de partida la forma de operar el *damages* en los sistemas de *Common Law*, rompe con la línea de pensamiento tradicional, y sostiene que «si el contrato perfeccionado obliga a cumplir lo convenido, parece que debería llegarse a la conclusión de que este cumplimiento de la prestación ha de tener lugar con independencia de que medie dolo o culpa por parte del obligado, bastando que no quede excusado por caso fortuito o fuerza mayor». Nos encontramos ante un sistema de responsabilidad objetiva o por riesgo, de forma que, el deudor responde de los daños derivados del incumplimiento, no en función de que sea culpable o no, sino por el hecho de estar obligado, si bien podrá eximirse de la obligación de indemnizar probando la existencia de una causa de exoneración. PUIG BRUTAU propone un giro copernicano en materia de responsabilidad, desterrando la culpa *-fault-* como fundamento de la obligación de indemnizar, y situando en su lugar al incumplimiento *-default-*. Posteriormente, JORDANO FRAGA, F., *La Responsabilidad Contractual*, Civitas, Madrid, 1987, pp.

prescinde de la teoría de la culpa, no es relevante que el incumplimiento del contrato sea culposo. El carácter objetivo de los PECL deriva de que el *non performance* es el presupuesto eje de la responsabilidad contractual, pero únicamente en los supuestos en los que el incumplimiento produzca un daño, podrá el perjudicado exigir la indemnización de daños y perjuicios. El daño es el requisito exclusivo de la indemnización y diferenciador del resto de los remedios.

De lo expuesto podría concluirse erróneamente que todo incumplimiento que produzca daños genera la obligación de la parte incumplidora de resarcirlos³⁷. Las condiciones sustantivas para que pueda ser ejercitada la reclamación de daños se completa con la exigencia de que el incumplimiento del que derivan los daños sea inexcusable. El sistema de responsabilidad contractual de los PECL es objetivo, pero se encuentra atenuado por la existencia de causas de exoneración³⁸, que justifican el incumplimiento y

21, 100, 150, 160, 197 y ss, apoyándose en la tesis de Osti, sostiene que «la culpa no es fundamento de la responsabilidad contractual, lo es el incumplimiento, la infracción en cualquier modo de una obligación persistente». Mientras la obligación sea posible el deudor responde. Sólo se liberará el deudor de la obligación de indemnizar si se produce la imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable al deudor. El hecho liberatorio-extintivo de la obligación de indemnizar exige la concurrencia de dos elementos, uno objetivo —la imposibilidad—, y otro subjetivo —fuera de la esfera de control del deudor—. En defensa de la tesis objetiva, pero de forma moderada, se pronuncia PANTALEÓN PRIETO, F., sosteniendo que «los criterios ordinarios de imputación no tiene por qué reducirse al dolo y la culpa negligencia» proponiendo «suprimir aquellas referencias a la culpa que, como la del artículo 1.182 CC, puedan crear la impresión de que sólo responde contractualmente el deudor (doloso o) negligente. Y sustituir la redacción del artículo 1.105 CC por la del apartado 1 del artículo 79 CNUV (o del art. 7.1.7 PCCI, o del art. 3.108 PDCE), al efecto de dejar perfectamente claro que también son criterios *ordinarios* de imputación de responsabilidad los que podríamos llamar criterios de la *esfera de control del deudor*», «Las nuevas...», *op. cit.*, pp. 1739 y 1740. En la misma corriente objetiva se sitúan CAPILLA RONCERO, F., *La Responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 43 a 46; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, *op. cit.*, pp. 647 a 649; MORALES MORENO, A.M., *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 34 y 39; VERDERA SERVER, R., *El Cumplimiento forzoso...*, *op. cit.*, pp. 70 y 71.

³⁷ Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., han afirmado que «el remedio de la indemnización, como el resto de los remedios, se funda en el incumplimiento, siendo este concepto unitario para cualquier remedio. Sin embargo, el remedio indemnizatorio tiene algunas particularidades, pues respecto de él los PECL prevén una posible exoneración. Puede afirmarse que no todo incumplimiento da lugar, necesariamente, a indemnización de los daños y perjuicios que el mismo produzca al acreedor», *op. cit.*, p. 369.

³⁸ Ha sostenido SAN JUAN CRUCELAEGUI, J., *Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 231, en relación al término exoneración previsto en el artículo 79 de la CISG que «la Convención elude la referencia a expresiones y conceptos propios de los ordenamientos jurídicos internos (fuerza mayor, caso fortuito, *frustration*, etc.).

limitan los remedios ejercitables por la parte lesionada a la suspensión del cumplimiento, la resolución del contrato y la reducción del precio. La parte que sufre la lesión de su derecho de crédito deberá probar la existencia de daños derivados del incumplimiento de la otra parte, y el deudor podrá enervar la acción de petición de los daños y perjuicios probando que tales daños derivan de un incumplimiento excusable.

Partiendo de la base de que los presupuestos constitutivos de la indemnización de los daños y perjuicios son el incumplimiento, el daño y el nexo de causal, en orden a ofrecer un completo análisis de los presupuestos que deben concurrir en la indemnización de los daños, se considera más adecuado que el efecto enervante que tiene el cumplimiento inexcusable del artículo 8:108, como causa de exoneración en relación a la indemnización, sea considerado, a *sensu* contrario, no como excepción de la obligación de indemnizar daños y perjuicios, sino como criterio de imputación de la obligación de indemnizar³⁹. La causa material de la obligación de indemnizar viene determinada por el incumplimiento que provoca daños, y el criterio de imputación lo representa la inexcusabilidad del incumplimiento.

En el apartado siguiente se analizará el incumplimiento inexcusable, siendo el daño y el nexo causal objetos de estudio en los Capítulos IV y V, respectivamente.

Es ello consecuencia de la diversidad de interpretaciones aplicadas a dichos términos, por lo que opta por una formulación genérica de exoneración de responsabilidad que se condiciona al cumplimiento de tres condiciones», la misma afirmación vale para la expresión *excuse due to an impediment* empleada por el artículo 8:108 de los PECL.

³⁹ Sobre los presupuestos configuradores de la indemnización de los daños y perjuicios en los PECL, afirma MORALES MORENO A.M., *La Modernización del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 31 y 32 que «aunque todos los remedios tienen, como supuesto básico, al incumplimiento, existe cierta diversificación en el supuesto de cada uno de ellos. No todos los remedios exigen los mismos requisitos, ni, salvo alguna excepción (reducción del precio), basta para su aplicación el mero incumplimiento...c) La indemnización de los daños causados por el incumplimiento, aunque pueda pedirse por el acreedor en cualquier caso de incumplimiento, invocando tan sólo que éste se ha producido, admite exoneración del deudor, si prueba las causas de exoneración que en cada caso establezca el ordenamiento».

4.2. Las bases de la exigencia de una indemnización de los daños y perjuicios: el incumplimiento inexcusable

El artículo 8:108 titulado «*Exoneración por imposibilidad en el cumplimiento*», tiene un efecto restrictivo de los remedios que puede ejercer la parte perjudicada por el incumplimiento. Dicho artículo debe ponerse en conexión con el párrafo segundo del artículo 8:101, que constituye uno de los preceptos más importantes de los dedicados al régimen jurídico del incumplimiento y de los medios de tutela en general en los PECL, puesto que de la concurrencia o no de los presupuestos que cualifican al incumplimiento como excusable o inexcusable dependerá que la parte perjudicada pueda o no acudir a la pretensión de cumplimiento y a la indemnización de los daños y perjuicios⁴⁰. El efecto principal que deriva del incumplimiento excusable no es la exoneración de la responsabilidad de la parte incumplidora como mantiene NAVAS NAVARRO al afirmar que «el art. 8:108 PEDC regula la exoneración de la responsabilidad del deudor debida a un impedimento ajeno a la esfera o ámbito de control del propio deudor»⁴¹, sino la limitación de los remedios que puede ejercitar la parte perjudicada por el incumplimiento, ya que el mero incumplimiento del contrato es detonante del sistema de responsabilidad contractual diseñado en los PECL. Acertadamente, así lo indican Díez-PICAZO *et alii*: «cuando el incumplimiento de una parte se beneficia de la exoneración prevista en el art. 8:108, la parte insatisfecha puede recurrir a cualquiera de los remedios previstos en el capítulo 9, excepto la pretensión de cumplimiento y la de daños»⁴². Que el incumplimiento sea excusable exonera que se pueda exigir

⁴⁰ Sobre del concepto, requisitos y efectos del incumplimiento excusable como limitación de los medios de tutela a disposición de la parte perjudicada, *vid.*, entre otros: Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 326 a 327; LANDO, O., «El derecho contractual...», *op. cit.*, pp. 14 y 15; LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, pp. 379 a 384; MARTÍN SANTISTEBAN, S., «Una aproximación entre responsabilidad contractual y extracontractual desde el punto de vista de la imputación del daño», en AA. VV., *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, (editores Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 429 a 433; NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento...», *op. cit.*, pp. 1249 a 1252; VAQUER ALOY, A., «Incumplimiento del...», *op. cit.*, pp. 527 a 528; ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 125.

⁴¹ NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento...», *op. cit.*, p. 1249.

el cumplimiento específico y la indemnización, pero no de responder ante los otros remedios que configuran la responsabilidad contractual en el sentido *lato* adoptado por los PECL. En todo caso, el efecto principal que produce el incumplimiento excusable podría definirse como una exoneración parcial de la responsabilidad contractual, o como una limitación cualitativa de los medios de protección del crédito⁴³.

La regla general establecida en el párrafo primero del artículo 8:101 encuentra una primera limitación en su párrafo segundo. Consiste la misma en que, una vez producido el incumplimiento, si éste es excusable conforme a lo establecido en el artículo 8:108, la parte perjudicada no podrá ejercitar en defensa del contrato incumplido la pretensión de cumplimiento y la indemnización de daños y perjuicios. A *sensu* contrario, para acudir a tales mecanismos de protección, deberá concurrir el hecho de que nos encontremos ante un incumplimiento inexcusable, puesto que de lo contrario, no podrán ejercitarse tales remedios. Por ello, el incumplimiento excusable restringe el abanico de remedios a disposición de la parte perjudicada. El supuesto del artículo 8:101 (2), como se ha dicho anteriormente, contiene una limitación parcial de los medios de protección del contrato⁴⁴.

⁴² Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 326. En el mismo sentido, entre otros, PALAZÓN GARRIDO, M.L., para quien «en caso de existencia de causa de exoneración,...se limitan los remedios que pueden ser utilizados contra el mismo, según resulta del art. 8.101 PECL que excluye en tales supuestos el recurso a la acción de cumplimiento específico y la pretensión indemnizatoria», «El nuevo derecho...», *op. cit.*, p. 83.

⁴³ Al efecto liberatorio de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, como consecuencia de un cumplimiento imposible, previsto en el artículo 8:108, no ha sido ajena la Propuesta, que en la redacción de su artículo 1209, que bien se hubiera podido titular, “Causas de exoneración de la obligación de indemnizar”, dispone: «No será responsable el deudor de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento cuando concurren las circunstancias siguientes: 1.º Que el incumplimiento haya obedecido a un impedimento ajeno a su voluntad y extraño a su esfera de control. 2.º Que de acuerdo con el contrato y con las reglas de la buena fe y los usos no le correspondiera el deber de prever el mencionado impedimento o de evitarlo o de superar sus consecuencias. La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento. El deudor que conozca la concurrencia de un hecho o circunstancia que impida cumplir la prestación deberá sin demora ponerlo en conocimiento de la otra parte y será responsable de los daños causados por no hacerlo. Lo dispuesto en este artículo no impide al acreedor el ejercicio de cualquier otro derecho distinto del de exigir indemnización de daños y perjuicios que se pueda corresponder conforme a este Código».

⁴⁴ En relación al incumplimiento justificado como límite a los remedios ejercitables por la parte perjudicada, *vid.*, entre otros: LANDO, O., «El derecho contractual...», *op. cit.*, p. 13 y «The Structure and...», *op. cit.*, p. 11; LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract*

El artículo 8:108 se encuentra estructurado en tres partes que hacen referencia a: los criterios de exoneración, o, como hemos preferido denominar, de atenuación de la responsabilidad; efecto que sobre los remedios tiene la naturaleza temporal del impedimento; y el deber que tiene el deudor de comunicar al acreedor la existencia de un impedimento que le imposibilita el cumplimiento.

Su párrafo primero señala que *«una parte queda liberada de su deber de cumplimiento si prueba que no puede proceder al cumplimiento de su obligación por una imposibilidad fortuita [que queda fuera de su control] y que no se puede pretender de manera razonable que hubiera debido tenerse en cuenta dicha imposibilidad en el momento de la conclusión del contrato o que la parte hubiera debido evitar o superar dicha imposibilidad o sus consecuencias»*. Se contemplan tres condiciones o criterios que deben ser probados por el obligado al cumplimiento para que tenga lugar la limitación de los remedios. Estos criterios son los siguientes:

- Imposibilidad fortuita o *impediment beyond its control*. En el artículo 8:108 de los PECL, al igual que en el 79 de la CISG⁴⁵ y 7.1.7 de los PICC⁴⁶, se distingue entre aquellos hechos o circunstancias que impidiendo el cumplimiento se producen dentro o fuera de la esfera de control del deudor. Lo anterior nos conduce necesariamente a tener que delimitar qué se entiende por “esfera de control”. En el Comentario del artículo 8:108, una vez que se señala

Law, Parts I and II..., op. cit., p. 360; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «Importancia de la...», op. cit., p. 302.

⁴⁵ «1. Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias. 2. Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte sólo quedará exonerada de responsabilidad: a) Si está exonerada conforme al párrafo precedente, y b) Si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicaran las disposiciones de este párrafo».

⁴⁶ «(1) El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias».

que «las condiciones establecidas para que el precepto resulte de aplicación son análogas a las condiciones exigidas tradicionalmente para los supuestos de fuerza mayor»⁴⁷, se afirma con referencia al deudor, que «el riesgo de sus propias actividades debe soportarlo él mismo. En tal sentido, cuando se estropea una máquina, aunque sea un fallo imprevisto e imposible de evitar, el supuesto no supone una imposibilidad en el sentido de este precepto, lo que impide seguir averiguando si el fallo era realmente imprevisible y si no se podían impedir sus consecuencias. Lo mismo cabe decir de las personas de quienes responde el deudor y, especialmente, las acciones de las personas a quienes éste les hubiera encomendado el cumplimiento. El deudor no puede alegar el incumplimiento de un subcontratista, salvo que quedara fuera de su control -por ejemplo, por no haber ningún otro subcontratista capaz de hacer el trabajo-; y la imposibilidad también debe quedar fuera de la esfera de control del subcontratista... La fuerza mayor se ha de haber producido sin culpa de ninguna de las partes. No habrá exoneración si un acontecimiento imprevisible impide el cumplimiento del contrato cuando ese acontecimiento no hubiera afectado al contrato si la parte no hubiera cumplido con retraso»⁴⁸.

De lo anterior deriva que la esfera de control del deudor se configure como el espacio o habitat que queda bajo su influencia y responsabilidad. Por lo que todo obstáculo o impedimento al cumplimiento que se produzca dentro de la misma queda bajo su control, y siempre responderá de los efectos perjudicales que del mismo deriven. Al respecto, señalan Díez-PICAZO *et alii*, que «la esfera de control es un ámbito o círculo en el cual el deudor tiene la posibilidad de asegurar y en el que se puede esperar de él que asegure, a través de las medidas de organización y control adecuadas, el desarrollo no

⁴⁷ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, Edición: Ole Lando y Hugh Beale, (Edición española a cargo de Barres Benlloch P., Embid Irujo J.M. y Martínez Sanz F.), Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, p. 558.

⁴⁸ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II...*, op. cit., pp. 558 y 559. En este sentido, NAVAS NAVARRO, S., indica que «el deudor debe responder de los hechos que deriven de su propia organización. Sus dificultades económicas no son causa de exoneración ni siquiera la mayor onerosidad de la prestación. Sólo una alteración esencial e insoportable de las circunstancias podría dar lugar a la exoneración del deudor (cfr. Art. 6:111 PDCE)», «El resarcimiento...», op. cit., p. 1250.

dañoso del proceso de preparación y ejecución del contrato. Se perfila así, en torno al deudor, una esfera típica de control y organización de los medios para el cumplimiento del contrato, que constituye un ámbito de atribución de riesgos y responsabilidad. Se ha sustituido la idea de conducta exigible, en el prevenir y evitar, propia de la culpabilidad, por la delimitación de un espacio objetivo o círculo de atribución de riesgos, lo que puede servir para aportar mayor certeza al sistema»⁴⁹. SALVADOR CODERCH ha afirmado en relación a la expresión “*impediment beyond his control*” del artículo 79 de la CISG, que «descansa sobre la idea de que la responsabilidad por el incumplimiento existe siempre que éste se deba a obstáculos surgidos dentro del ámbito que, según el contrato, queda bajo el dominio (de la voluntad, esfera de influencia, ámbito de control) del deudor. Este, por así decirlo, “garantiza” su capacidad de cumplir: si quiere limitar su responsabilidad, ha de especificar los impedimentos concretos que habrán de excluirla»⁵⁰.

- Siguiendo la estela marcada por el artículo 79 de la CISG, los PECL también consideran inexcusable aquellos impedimentos que originándose fuera de la esfera de control del deudor, hubieran podido, de forma razonable, ser tenidos en cuenta al momento de la celebración del contrato. En el Comentario se señala, para que el artículo 8:108 pueda ser aplicado, que «*la imposibilidad debe ser tal que no podía haberse tenido en cuenta en el momento en que se celebró el contrato. Si hubiera podido tener en cuenta, cabría considerar que la parte afectada asumió el riesgo o que era culpa suya no haberlo previsto*»⁵¹. El fundamento de que en tales casos no se limite el abanico de remedios puestos a disposición del acreedor se encuentra en una presunta o tácita asunción de riesgos. Como afirman DÍEZ-PICAZO *et alii*, según el criterio de la previsibilidad razonable del impedimento, «cada parte asume el riesgo del daño que cause su incumplimiento, proveniente de obstáculos surgidos fuera de su esfera

⁴⁹ DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 380.

⁵⁰ SALVADOR CODERCH, P., «Comentario artículos 79 y 80», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 636 y 637.

⁵¹ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II...*, *op. cit.*, p. 559.

jurídica, que, en el momento de la celebración del contrato, eran razonablemente previsibles. Puesto que tales obstáculos los ha podido prever, asume el riesgo de incumplimiento que los mismos provocan, si contrata sin excluirlos. Así se incita a los contratantes a tomar en cuenta los riesgos que afectan a la ejecución de su prestación, para incorporarlos al ajuste económico del contrato»⁵².

- Un último criterio hace referencia a aquellos impedimentos que se originan fuera de la esfera de control del deudor y que no resultaban razonablemente previsibles al momento de contratar, pero que una vez presentados no podrían ser superados por el deudor mediante la adopción de medidas razonables.

En el Comentario se señala que *«el sentido de lo razonable también califica la condición de que el impedimento debe ser insuperable o irresistible. Se debe insistir en que deben cumplirse ambas condiciones -que la parte no hubiera podido evitarlo ni superarlo- antes de que pueda entrar en funcionamiento justificación alguna. El precepto establece que la parte que vaya a verse exonerada debe probar que no hubiera podido actuar de otro modo... No cabe esperar que, para evitar el riesgo, el deudor adopte precauciones desproporcionadas (p. ej. construir prácticamente una fortaleza) o que utilice métodos ilegales (p. ej. hacer contrabando de fondos para evitar una prohibición en torno a una transferencia)»*⁵³.

La exigencia de que se trate de un impedimento superable la justifican Díez-PICAZO *et alii* afirmando que «la ejecución del contrato impone en ocasiones a un contratante adoptar medidas o soluciones para superar ciertos obstáculos exteriores que dificultan o hacen más costoso el cumplimiento»⁵⁴.

⁵² Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 380.

⁵³ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II...*, *op. cit.*, p. 560.

⁵⁴ Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 381.

En definitiva, para que el incumplimiento sea inexcusable debe tener por base un impedimento originado dentro de su esfera de control, o que produciéndose fuera de la misma, resultase previsible o imprevisible pero evitable.

Por lo que respecta a los impedimentos temporales, el párrafo segundo del artículo 8:108 indica que *«cuando se trata solamente de un impedimento temporal, la exoneración prevista en este artículo produce sus efectos durante el tiempo en el que es imposible la prestación. Sin embargo, si el retraso se traduce en un incumplimiento esencial, el acreedor puede tratarlo como tal»*. Por ello, el efecto exoneratorio del incumplimiento sólo tendrá eficacia durante el tiempo que dure el mismo, salvo que el retraso en el cumplimiento derive en un incumplimiento esencial, en cuyo caso sería tratado como tal, pudiendo dar lugar a la resolución del contrato⁵⁵.

5. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO UNIFORME ANTERIOR A LOS PECL

Los presupuestos constitutivos de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios del párrafo primero del artículo 9:501 de los PECL encuentran sus antecedentes en los párrafos primero, apartado b) del artículo 45⁵⁶; *«1. Si el vendedor no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el comprador podrá:... b) Exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77»*⁵⁷; y

⁵⁵ Vid., Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 381 y 382 y NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento...», *op. cit.*, p. 1251.

⁵⁶ «Section III. Remedies for breach of contract by the seller. Article 45. (1) If the seller fails to perform any of his obligations under the contract or this Convention, the buyer may:... (b) claim damages as provided in articles 74 to 77».

⁵⁷ Afirma LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., en referencia al artículo 45.1.b) que «no es una simple remisión a las normas que establecen la indemnización de daños y perjuicios; es mucho más: la norma que establece la base legal de su exigencia “si el vendedor no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención” (inciso final del art. 45), y es eso porque es la norma que suministra las condiciones sustantivas para que pueda ser ejercitada la reclamación de daños y perjuicios por el comprador...Es, pues el

del artículo 61⁵⁸ de la CISG⁵⁹ «1. Si el comprador no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el comprador podrá:...b) Exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77», que a su vez se inspiran en el sistema adoptado en el *Common Law*⁶⁰. Del tenor literal de los preceptos citados, y en similares términos que los PECL, deriva que los presupuestos constitutivos de la obligación de indemnizar son el incumplimiento, el daño y el nexo causal⁶¹,

artículo 45.1.b) el que sirve de base legal a la pretensión de daños y perjuicios padecidos por el comprador [de manera simétrica el art. 61.1.b) para el vendedor]», «Comentario a los artículos 45 a 52», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, p. 407.

⁵⁸ «Section III. Remedies for breach of contract by the buyer. Article 61. (1) If the buyer fails to perform any of his obligations under the contract or this Convention, the seller may:... (b) claim damages as provided in articles 74 to 77».

⁵⁹ El artículo 45.1.b) se corresponde con el 41.1.b) del Proyecto de Convención de 1978, que tiene como antecedentes los artículos 24, 41, 51, 52 y 55 de la *ULIS*. El Comentario de la Secretaría al Proyecto de 1978 establece «que el comprador podrá “reclamar los daños y perjuicios previstos en los artículos 70 a 73” “cuando el vendedor no cumpla cualquiera de sus obligaciones con arreglo al contrato de compraventa y esta Convención”. Para reclamar daños y perjuicios no es preciso probar la falta de buena fe o el incumplimiento de una promesa explícita tal como ocurre en algunos sistemas jurídicos. Los daños se refieren a la pérdida resultante de cualquier incumplimiento objetivo de las obligaciones del vendedor. Los artículos 70 a 73, a que se refiere el inciso b) del párrafo 1) del artículo 41, no prevén las condiciones sustantivas en que se puede ejercer la acción por daños y perjuicios, sino las normas para calcular la cuantía de los daños». El artículo 61.1.b) se corresponde con el 57.1.b) del Proyecto de Convención de 1978, que tiene como antecedentes los artículos 63, 68 y 70 de la *ULIS*. El Comentario de la Secretaría al Proyecto de 1978 regula que «el vendedor puede “reclamar daños y perjuicios en los casos previstos en los artículos 70 a 73”... “si el comprador no cumple cualquiera de las obligaciones que le impone el contrato de la presente Convención”. Para poder reclamar una indemnización por daños y perjuicios no es necesario demostrar la falta de buena fe o la violación de una promesa expresa, como sucede en algunos sistemas jurídicos. Los daños y perjuicios proceden en caso de pérdida resultante de cualquier incumplimiento objetivo de sus obligaciones por el comprador. Los artículos 70 a 73, a que se refiere el inciso b) del párrafo 1) del artículo 57, no prevén las condiciones sustantivas para una demanda por daños y perjuicios, sino las normas para calcular su cuantía», (NACIONES UNIDAS, Comentario de la Secretaría al proyecto de Convención de 1978, <http://www.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/cisg/1978.htm>).

⁶⁰ Respecto al sistema de responsabilidad contractual de la CISG señala LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., que «el contexto general de las reglas sobre responsabilidad contractual dentro de la Convención, parece estar fuertemente inspirado en la matriz del *common law*, que como es sabido parte de una formulación en la que el incumplimiento contractual es *re ipsa loquitur*, sin perjuicio de que luego abunden las causas de exoneración», «Comentario a los artículos 45...», *op. cit.*, p. 409.

⁶¹ En relación a los presupuestos exigidos en la CISG para el ejercicio de los daños y perjuicios *vid.*, entre otros: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Comentario a los artículos 61 a 65», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, p. 494; HONNOLD, J.O., *Uniform Law For International Sales*, Third Edition, Kluwer Law International, 1999, pp. 301 y 302; CALVO CARAVACA, A.L., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.,

por lo que los daños derivados del incumplimiento del contrato generan la obligación por parte del deudor de resarcirlos. No se requiere que el incumplimiento sea consecuencia de una conducta negligente o culposa del obligado a cumplir. El sistema de responsabilidad contractual adoptado por la CISG es objetivo, no exige la culpa como criterio imputación, como afirma WILL «damages are available independent of any fault. Here the Convention follows not the civil law tradition but the common law approach whereby any objective failure on the part of the seller to fulfil any of his obligations provides the buyer with a claim for damages.... The principle is softened by the exemptions contained in Articles 79 and 80, a technique used in earlier codifications of international sales law»⁶². Pero de la misma forma que en los PECL, en la CISG, también nos encontramos ante un sistema de imputación objetiva de la responsabilidad atenuada por las causas de exoneración del artículo 79; si bien en la CISG el efecto limitativo de las causas de exoneración es menos restrictivo que en los PECL, ya que se libera al deudor de indemnizar daños y perjuicios, pero no de la exigencia de cumplimiento. El deudor responderá de los daños derivados de su incumplimiento, salvo en los supuestos que demuestre que el incumplimiento se produjo por causa de un impedimento ajeno a su voluntad. Opera lo que SALVADOR CODERCH denomina una «distribución paccionada de riesgos» del incumplimiento entre acreedor y deudor, a *sensu contrario*, el deudor garantiza y responde cuando la causa que

«Capítulo II. El contrato de compraventa internacional de mercancías», en AA. VV., *Contratos Internacionales*, (directores Alfonso L. Calvo Caravaca y Luis Fernández de la Gándara, coord. Pilar Blanco-Morales Limones), Tecnos, Madrid, 1997, p. 314; HUBER, U., «Commentary Art. 45», en AA. VV., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Second Edition (in translation), (Edited by Peter Schlechtriem Translated by Geoffrey Thomas), Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 356 y 368; ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil Internacional...*, *op. cit.*, pp. 221 a 223; KNAPP, V., «Commentary Art. 61», en AA. VV., *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention*, (By C.M. Bianca y M.J. Bonell, coord. by M.J. Bonell), Giuffrè, Milán, 1987, p. 447; LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., «Comentario a los artículos 45...», *op. cit.*, pp. 407 a 410; MEDINA DE LEMUS, M., *La venta internacional de mercaderías*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 158 y 159; SAN JUAN CRUCELAEGUI, J., *Contrato de...*, *op. cit.*, pp. 230 a 235; VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *Compraventa internacional de Mercaderías. Una Visión Jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 212-213-263-264 y 289 y WILL, M., «Commentary Art. 45», en AA. VV., *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention*, (By C.M. Bianca y M.J. Bonell, coord. by M.J. Bonell), Giuffrè, Milán, 1987, pp. 330 a 332.

⁶² WILL, M., «Commentary Art. 45...», *op. cit.*, pp. 331 y 332.

impide el cumplimiento del que derivan los daños se produce dentro de la esfera de control del deudor⁶³.

Por lo que respecta a los PICC, el artículo 7.4.1. dispone que «*cualquier incumplimiento otorga a la parte perjudicada derecho al resarcimiento, bien exclusivamente o en concurrencia con otros remedios, salvo que el incumplimiento sea excusable conforme a estos Principios*»⁶⁴. El precepto citado establece los presupuestos necesarios para el ejercicio del derecho a la indemnización de los daños y perjuicios, exigiendo, en consonancia con lo dispuesto para la PECL y la CISG, la producción de daños derivados de un incumplimiento inexcusable de la parte obligada⁶⁵. De los presupuestos configuradores de la indemnización de daños y perjuicios deriva que también los PICC se decanten por un sistema de responsabilidad contractual objetiva. Al respecto, indica VIGURI PEREA que «es innegable que la normativa UNIDROIT se distancia de las *concepciones civilistas clásicas*, sepultando definitivamente a la culpa como requisito esencial a la hora de fijar la indemnización de los daños y perjuicios, en caso de incumplimiento de contrato, tal como se deduce del artículo 7.4.1»⁶⁶. La atenuación del carácter objetivo de la imputación de los daños derivados del incumplimiento deriva del efecto liberatorio de la *force majeure* del artículo 7.1.7, que configura a *sensu contrario* el criterio de imputación de responsabilidad. El deudor podrá excusar su incumplimiento probando que el incumplimiento deriva de «*un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía*

⁶³ SALVADOR CODERCH, P., «Comentario artículo 79 y 80», *op. cit.*, pp. 636 y 637.

⁶⁴ «*Section 4: Damages. Article 7.4.1 (Right to damages): Any non-performance gives the aggrieved party a right to damages either exclusively or in conjunction with any other remedies except where the non-performance is excused these Principles*».

⁶⁵ Sobre la base legal para el ejercicio de la pretensión indemnizatoria en los PICC *vid.*, entre otros: UNIDROIT, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Rome, 2004, pp. 232 a 233; MORÁN BOVIO, D., «Capítulo 7. Incumplimiento», en AA.VV., *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, (coordinado por David Morán Bovio), Aranzadi, 2ª edición, Navarra, 2003, pp. 356 y 357 y VIGURI PEREA, A., *Los Contratos Comerciales...*, *op. cit.*, pp. 227 a 230.

⁶⁶ VIGURI PEREA, A., *Los Contratos Comerciales...*, *op. cit.*, p. 228.

razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias».

CAPÍTULO CUARTO: EL DAÑO

1. Introducción
2. Concepto y presupuestos del daño resarcible
 - 2.1. Introducción
 - 2.2. El daño en sentido material y jurídico: el daño indemnizable
 - 2.3. El concepto de daños y perjuicios
 - 2.4. El significado de los términos “daños y perjuicios”
 - 2.5. La certeza y prueba como presupuestos esenciales del daño: el daño *in re ipsa*
 - 2.5.1. Certeza y prueba
 - 2.5.2. El daño *in re ipsa*
 - 2.5.3. *Aestimatio rei* y sistema de responsabilidad civil
3. El principio rector del cálculo de los daños y perjuicios: la reparación integral del daño
 - 3.1. *Full damages rule* o reparación integral del daño
 - 3.2. Naturaleza del interés protegido: el interés positivo
 - 3.3. El cálculo del interés positivo
 - 3.3.1. Los criterios de cálculo del daño en los PECL
 - 3.3.2. Los postulados de la teoría de la diferencia
 - 3.3.3. Las soluciones adoptadas en los PECL: el criterio general del cálculo subjetivo y real-concreto de los daños
 - 3.4. La *compensatio lucri cum damno* o computación de beneficios
4. Los tipos de daños y perjuicios que se integran dentro del concepto de daño indemnizable: el ámbito del resarcimiento
 - 4.1. Introducción: los tipos de daños indemnizables
 - 4.2. La distinción entre daños patrimoniales y no patrimoniales

- 4.3. Las partidas que se integran dentro del daño patrimonial
 - 4.3.1. Daño emergente, lucro cesante y valor de la prestación
 - 4.3.2. La integración en el concepto de daño indemnizable del valor de la prestación incumplida
 - 4.3.3. El daño emergente y el lucro cesante
 - a) Las partidas incluidas en el artículo 9:502
 - b) Concepto: la integración en el patrimonio como criterio diferenciador
 - c) Los problemas relativos a su existencia y cuantificación: el lucro cesante
 - d) La doctrina jurisprudencial en torno al lucro cesante
- 4.4. Los daños no patrimoniales
 - 4.4.1. Concepto
 - 4.4.2. El daño no patrimonial en los PECL y en otros textos uniformes
 - a) La inclusión del daño no patrimonial en los PECL
 - b) El daño no patrimonial en la CISG
 - c) El daño no patrimonial en los PICC
 - d) El daño no patrimonial en el CEC
 - e) El daño no patrimonial en el DCFR
 - f) El daño moral en el ámbito de la legislación de la Unión Europea
- 4.5. El daño moral en el Derecho español
 - 4.5.1. Introducción
 - 4.5.2. La admisión de la indemnización del daño moral: su evolución
 - 4.5.3. Las concepciones negativas del daño moral en la jurisprudencia y en la doctrina
 - 4.5.4. Las concepciones positivas del daño moral en la jurisprudencia y en la doctrina

El daño

4.5.5. La distinción entre los daños patrimoniales y los no patrimoniales: concepción objetiva-típica *versus* concepción subjetiva-consecuencialista

a) Introducción

b) La concepción objetiva-típica del daño moral

c) La concepción subjetiva-consecuencialista del daño moral

4.5.6. Conclusiones sobre la concepción del daño no patrimonial: la naturaleza del interés lesionado

4.5.7. La superación de la expresión daño moral por la de daño no patrimonial

4.5.8. Delimitación cuantitativa y cualitativa del daño no patrimonial

4.5.9. La prueba del daño moral

4.5.10. Fijación del “*quantum*”: criterios para su cálculo. Competencia.

4.5.11. La reparación del daño moral: ¿Pena o compensación? “El *pretium doloris*”

4.5.12. La reparación del daño moral en forma específica o “*in natura*”

4.5.13. La indemnización del daño moral como deuda de valor

4.5.14. Reflejo del daño moral en el Derecho positivo español

4.5.15. El daño moral por incumplimiento contractual en nuestra jurisprudencia

4.6. El alcance y los límites del daño no patrimonial en los PECL

4.7. El daño no patrimonial en las personas jurídicas

4.8. Los daños presentes y futuros

4.9. Los daños directos e indirectos

1. INTRODUCCIÓN

En el presente Capítulo se abordará el análisis del daño desde una doble perspectiva. De un lado, como presupuesto de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios: cuándo el daño genera la obligación de responder, es decir, cuándo un daño es resarcible y cuáles son sus requisitos esenciales, tratando de dar respuesta al *an respondetur*; y de otro, el *quantum respondetur*, qué daños se integran dentro del concepto de daño indemnizable, hasta dónde se deben indemnizar los daños, cómo se deben indemnizar y cómo han de valorarse los mismos¹. En definitiva, una visión del daño como objeto de la obligación de indemnizar

La obligación de indemnizar los daños surge de la concurrencia de tres presupuestos o requisitos²: el incumplimiento inexcusable del contrato, la producción de daños y perjuicios, y un nexo causal entre el incumplimiento y los daños³. Por tanto, en el esquema del sistema de responsabilidad

¹ Respecto a la importancia de la determinación del *quantum respondatur*, señala SOLER PRESAS, A., que «es fácil comprender por qué resultaba de vital importancia la clara determinación de los criterios de delimitación del *quantum respondatur*. La razón no es otra sino la presión ejercida por la clase social entonces dominante que, detentando los medios de producción, únicamente aceptaba emplearlos en el desarrollo de las nuevas e inciertas empresas que las nuevas tecnologías permitían acometer si se le garantizaba, en la medida de lo posible, que los riesgos inherentes a las mismas se mantendrían dentro de unos parámetros razonables o, mejor, asumibles. La concreción de los criterios de delimitación del resarcimiento devino así en presupuesto necesario para el correcto cálculo de los costes reales que las nuevas empresas suponían y, consecuentemente, para el logro de una provechosa distribución de los recursos económicos», *La Valoración del Daño en el Contrato de Compraventa*, Aranzadi Editorial, Navarra, 1998, p. 38.

² Como bien afirma SOLER PRESAS, A., «la responsabilidad es uno más de los efectos que la ley liga al contrato, efecto que constriñe al deudor incumplidor a indemnizar al acreedor los daños que el incumplimiento de la prestación a su cargo le hubiera ocasionado. Ahora bien, esta obligación indemnizatoria que pesa sobre el deudor incumplidor no surge automáticamente del mero hecho del incumplimiento, sino de la concurrencia del mismo y de otras dos condiciones o presupuestos: la primera, que se den las circunstancias que, en opinión del legislador, hacen razonable que sea el deudor quien soporte las consecuencias del incumplimiento, esto es, que de conformidad con el ordenamiento jurídico sea el incumplimiento subjetivamente imputable al deudor; y la segunda, que como consecuencia del mismo haya sufrido el acreedor un daño», *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 21.

contractual de los PECL, el daño o perjuicio es, junto con el incumplimiento inexcusable del contrato y con el nexo de causalidad, uno de los presupuestos o elementos necesarios para que surja la obligación de resarcir, a la que se refiere el párrafo primero del artículo 9:501⁴.

Si bien es cierto que el previo incumplimiento del contrato es el supuesto primigenio desencadenante de todo el sistema de responsabilidad contractual, no lo es menos que el requisito del daño es la pieza clave, el supuesto imprescindible, para que se ponga en marcha el remedio de la indemnización. Como se explicará más adelante, en nuestro Derecho, el incumplimiento por sí sólo -el daño *in re ipsa* por el mero incumplimiento- no genera la obligación de indemnizar. El daño no es un elemento más, sin duda alguna es el requisito que cualifica y distingue a la indemnización de daños y perjuicios de los demás remedios que se integran dentro del sistema de responsabilidad contractual de los PECL⁵. Sin la presencia de daños o

³ En similares términos, pero en relación a los presupuestos de la indemnización de daños en la CISG, se pronuncian CALVO CARAVACA, A.L., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., afirmando que «para que surja la obligación de indemnizar, basta fundamentalmente que concurren tres hechos: el incumplimiento del contrato por una de las partes, la producción de un daño a la otra, la existencia de un nexo causal entre el incumplimiento y el daño...A estos efectos, la Convención de Viena prescinde de la imputabilidad o más precisamente de la teoría de la culpa. Dicho con otras palabras, es irrelevante que el incumplimiento contractual sea intencionado o negligente...Lo único que exonera de responsabilidad es el caso fortuito o la fuerza mayor en los términos dispuestos por el artículo 79 de la Convención», «Capítulo II. El contrato de compraventa internacional de mercancías», en AA. VV., *Contratos Internacionales*, (directores Alfonso L. Calvo Caravaca y Luis Fernández de la Gándara, coord. Pilar Blanco-Morales Limones), Tecnos, Madrid, 1997, p. 312.

⁴ Así lo afirma el propio comentario al artículo 9:501, al establecer que «*the aggrieved party to recover damages whenever it suffers loss from the other party's unjustified to perform*», LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II, Combined and Revised*, (Prepared by The Commission of European Contract Law. Chairman: Professor Ole Lando), Edited by Ole Lando and Hugh Beale, Kluwer Law International, The Netherlands, 2000, p. 434.

⁵ PALAZÓN GARRIDO, M.L., afirma que «la indemnización de daños y perjuicios tiene como supuesto necesario en los Principios Lando la producción efectiva de un daño, con lo que se rechazan los “*nominal damages*” del Derecho Anglosajón», «El nuevo derecho contractual europeo: incumplimiento y remedios», en AA.VV., *Europa y los nuevos límites de autonomía privada*, (Juan Miguel Ossorio Serrano ed.), Universidad de Granada, 2005, p. 89. En parecidos términos, pero en relación a la CISG, se manifiesta PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario artículo 74», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías*.

perjuicios no hay obligación de resarcir, pues no hay nada que reparar, y, como se ha dicho anteriormente, la función básica del remedio indemnizatorio es resarcitoria, la reparación de los daños y perjuicios causados⁶.

Una vez constatada la existencia de daños contractuales indemnizables, procede evaluar qué daños o pérdidas se integran dentro del concepto de daño indemnizable, hasta dónde se debe indemnizar y cómo los indemnizamos, y

Comentario de la Convención de Viena, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, p. 580.

⁶ Sobre el daño como presupuesto matriz de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios en el Derecho español: sostiene CARRASCO PERERA, A., que «a tenor de una doctrina jurisprudencial, que por reiterada excusa toda cita, el mero incumplimiento obligacional no es fuente de la obligación de prestar la indemnización de daños contractuales. Esta doctrina, que es absolutamente de asentir, conlleva la afirmación más general de que la prestación de *id quod interest* no tiene su fundamento en el incumplimiento, sino en el daño derivado él. En alguna ocasión en que el Tribunal Supremo parece haber afirmado lo contrario, sosteniendo la existencia de una especie de *daño in re ipsa* por el solo incumplimiento, la afirmación deberá entenderse en sus términos, ya que generalmente expresa la conclusión, obtenida del examen del caso, de que, efectivamente, el daño se produjo. Tomada en otros términos, la afirmación de que el mero incumplimiento es daño, constituye sin duda doctrina errónea», «Comentario a los artículos 1101 a 1107 del Código Civil», en AA. VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dirigido por Manuel Albaladejo), Tomo XV, Volumen 1º, Edersa, 1989, Madrid, p. 402; CRISTÓBAL MONTES, A., «Trátase, sin duda, del principal requisito de la obligación de resarcimiento que incumbe al deudor caso de que por acto propio haya provocado la imposibilidad de la prestación debida, imposibilidad determinante del incumplimiento obligacional. Es obvio que sin daño a resarcir carece de sentido contemplar la existencia de una hipotética obligación de resarcimiento a cargo del deudor», *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 224. *Vid.*, también LLAMAS POMBO, E., «Comentario a los artículos 1.096 al 1.109 del Código Civil», en AA. VV., *Jurisprudencia Civil Comentada, Código Civil*, Tomo II, (dirigido. Miquel Pasquau Liaño), Comares, Granada, 2000, p. 1826 y PINTÓ RUIZ, J.J., «Indemnización de daños y perjuicios», en AA. VV., *Nueva Enciclopedia Jurídica*, (bajo la dirección de Carlos E. Mascareñas y continuada por Buenaventura Pellisé Prats), Tomo XII, ed. Francisco Seix, S.A., Barcelona, 1965, p. 289. En el Derecho italiano, GIORGI, G., señala que «es necesario el concurso del daño resarcible. Nadie duda sobre la verdad de este principio. Queda violada la obligación, pero si falta el daño falta la materia del resarcimiento. Supongamos que se ha dado una ley que impone la renovación de las hipotecas en el plazo de un año. Hay un procurador que, después de haber recibido de su cliente el encargo de renovar cierta determinada inscripción, distraído en otros negocios, la olvida, y al llegar el año siguiente le reclama el cliente el resarcimiento del daño por haber omitido la renovación. Pero el procurador prueba que la hipoteca no hubiera podido nunca renovarse ó bien demuestra que fue nula desde el principio por defecto de cualquiera de las formas requeridas por la ley en la inscripción bajo pena de nulidad. ¿Qué resarcimiento deberá este mandatario, que con su omisión no ha causado el menor daño al mandante?...En conclusión, podemos decir que toda disminución de patrimonio sufrida por el acreedor puede ofrecer materia de resarcimiento, siempre que sea cierto el concurso actual ó potencial del daño», *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*, Traducida de la séptima edición italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas, por la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Volumen II, Madrid, 1909, p.136.

ello teniendo en el horizonte que el objetivo de este remedio es situar al sujeto dañado en la misma posición en la que se hubiera encontrado de no haberse producido el hecho dañoso⁷. A lo anterior, tratan de dar respuesta los artículos 9:502 al 9:510 de los PECL, que tienen como finalidad propia el establecimiento de reglas para el cálculo del montante de los daños y perjuicios, el alcance de los daños que en su caso proceda indemnizar⁸. Los daños resarcibles pueden derivar de una infinita variedad de supuestos de incumplimientos, de lo que resulta en la práctica imposible establecer reglas detalladas para la determinación y cuantificación de los daños y perjuicios derivados de los mismos. Por tanto, el objetivo perseguido por los artículos citados, no es otro que ofrecer unos principios básicos que permitan determinar y cuantificar el montante indemnizatorio⁹.

Por lo que respecta a la estructura de este Capítulo, y en consonancia con la doble perspectiva del análisis del daño indicada, en primer lugar, se abordará el estudio del daño como condición sustantiva para que pueda ser ejercitada la reclamación de los daños y perjuicios por el acreedor que sufre la

⁷ En el mismo sentido, se ha pronunciado en la doctrina italiana, entre otros, SALVI, C., «ottimale sarebbe il rimedio idoneo a eliminare il fatto lesivo e a porre il danneggiato nella identica situazione nella quale si sarebbe trovato, se il fatto dannoso non si fosse verificato», «Risarcimento del Danno», en AA. VV., *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XL, ed. Giuffrè Editore, Varese, 1989, p. 1084.

⁸ En nuestro Código Civil, son los artículos 1101 al 1105, los que suministran los requisitos sustantivos para que pueda ser ejercitada la reclamación de daños y perjuicios. Siendo los artículos 1106 al 1109, los que proporcionan las reglas para calcular el alcance de la indemnización que en cada supuesto proceda. Con relación a la CISG, HUBER, U., señala que «Article 45 (1) (a) merely contains a brief reference to the buyer's remedies under Article 46 to 52, namely the right to require performance, avoidance of the contract, or a price reduction. However, Article 45 (1) (b) has an independent function: it forms the basis of the buyer's right to claim damages where the seller has breached the contract. Articles 74 to 77, to which subparagraph (b) refers, govern only the content and extent of the right to claim damages, not the preconditions for its existence», «Commentary Art. 45», en AA. VV., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Second Edition (in translation), (Edited by Peter Schlechtriem Translated by Geoffrey Thomas), Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 356.

⁹ HONNOLD, J.O., en el mismo sentido, pero con relación a la CISG, señala que «breach of contract can occur in an almost infinite variety of circumstances; no statute can specify detailed rules for measuring damages in all possible cases. All that can be done, and all that is needed, is to state basic principles to govern compensation for breach of contract», *Uniform Law For International Sales*, Third Edition, Kluwer Law International, 1999, p. 445.

lesión de su derecho de crédito. Se analizará, pues, el concepto de daño que adoptan los PECL, así como los presupuestos básicos del mismo.

La determinación del daño reparable se encuentra formulada de forma abstracta en el artículo 9:502¹⁰, que prevé la regla general de que el perjudicado tiene el derecho a ser situado en la misma posición en la que se encontraría si el contrato se hubiera cumplido, si bien debe tenerse en cuenta, como señala OLIVA BLÁZQUEZ, con relación a nuestro Derecho, pero igualmente predicable de los PECL, que «la regla de la indemnización integral no constituye un axioma absoluto y carente de excepciones en el sistema que diseña el Código civil. Al contrario, el legislador ordena que el principio general de la completa indemnidad del acreedor quede limitado por el juego de otras reglas que sirven para excluir del régimen de responsabilidad contractual a ciertos daños que en puridad podrían ser indemnizables»¹¹. El criterio básico de determinación del daño resarcible tiene una primera concreción en el inciso final de la regla enunciada, al comprender dentro del daño resarcible el *damnum emergens* y el *lucrum cesans*. Una segunda concreción se encuentra ubicada en el párrafo segundo del artículo 9:501, que incluye como daños

¹⁰ PALAZÓN GARRIDO, M.L., «En cuanto al alcance de la indemnización, la regla general es la indemnización integral, optando los Principios por el interés positivo, que incluirá el daño emergente y el lucro cesante», «El nuevo derecho...», *op. cit.*, p. 90. El principio de reparación integral del daño, ya se había consagrado en el artículo 74 de la CISG, del que STOLL, H., «Article 74 is a basic rule defining the general extent of the obligation to pay damages for all cases in which the Convention provides for such an obligation. The rule that in general both the loss suffered by the promisee and his loss of profit are to be compensated expresses the principle of full compensation: the promisee has a right to be fully compensated for all disadvantages he suffers as a result of the promisor's breach of contract. Those disadvantages are established by comparing the situation in which the promisee finds himself as a result of the breach of contract with the situation in which he would have found himself if the contract had been correctly performed. Damages therefore have to satisfy both the promisee's interest in the advantages associated with performance (his expectation interest) and his interest in avoiding damage to life, limb, or property, that is to say, to rights which he enjoys irrespective of the contract», «Commentary Art. 74 a 77», en AA. VV., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Second Edition (in translation), (Edited by Peter Schlechtriem), Translated by Geoffrey Thomas, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 552.

¹¹ OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Mayo-Agosto 2009, número 80, pp. 611 a 629, p. 616.

resarcibles las pérdidas no pecuniarias y las pérdidas futuras¹². Ambas reglas determinan cuáles son las partidas del daño resarcible¹³.

En segundo lugar, y ya en la fase de cálculo del montante de los daños y perjuicios, la regla básica de determinación de los daños resarcibles enunciada por el artículo 9:502 se encuentra matizada por el *test* de previsibilidad del artículo 9:503; por el artículo 9:504, en virtud del cual la parte perjudicada no puede ser resarcida por las pérdidas provocadas de forma irrazonable por su propio comportamiento; y por el deber de mitigar los daños del artículo 9:505. Los artículos 9:506 y 9:507 ofrecen dos criterios de cálculo de los daños y perjuicios cuando el contrato ha sido resuelto. El artículo 9:506 introduce como método de cálculo concreto del daño, la diferencia entre el precio del contrato incumplido y resuelto y el precio del negocio de sustitución u operación de reemplazo. El artículo 9:507 emplea un método de cálculo abstracto del daño producido por el contrato incumplido y resuelto, tomando como punto de referencia la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente en el momento de su resolución. El artículo 9:508, exclusivo de las obligaciones pecuniarias, disciplina el resarcimiento del retraso en el pago de una cantidad de dinero. El artículo 9:509, que es una manifestación del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, autoriza que las partes libremente puedan estipular el importe que deba indemnizarse por el incumplimiento del

¹² En relación a los daños que se integran dentro del concepto de daños resarcibles, señala PALAZÓN GARRIDO, M.L., que «tanto los daños patrimoniales como los morales [art. 9.501 (2a)], apartándose, por tanto, de nuestro art. 1106 C.c., el cual frente al 1902, sólo abarca como daño indemnizable la pérdida sufrida y la ganancia dejada de obtener, recibiendo lo que se ha dado en llamar por IGARTUA “concepción economicista del daño contractual”. A pesar de ello, nuestra jurisprudencia en ocasiones se ha pronunciado a favor de la indemnización de los daños morales en caso de incumplimiento de contrato (SSTS 9 mayo 1984; 3 junio 1991; 4 de febrero y 9 de diciembre 1994; 14 de febrero, 22 mayo y 22 noviembre 1995 y 21 octubre 1996). En los Principios Unidroit, igualmente, se afirma de forma específica la indemnizabilidad de estos daños [art. 7.2.2 (2)]. Son también indemnizables en el régimen de los PECL los daños futuros [art. 9.501 (2b)], esto es, aquéllos que todavía no se han verificado, pero es probable que se produzcan con un grado razonable de certeza. Tal disposición se encuentra asimismo en los Principios Unidroit [art. 7.4.3 (2)]», «El nuevo derecho...», *op. cit.*, pp. 89 y 90.

¹³ Cumplen la misma función que el artículo 1106 de nuestro Código civil, a saber «*la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor*».

contrato. Por último, el artículo 9:510, regula la moneda en la que deberán calcularse los daños y perjuicios.

De la regulación contenida en los PECL sobre el remedio de la indemnización de los daños y perjuicios, pueden diferenciarse dos compartimentos o bloques: los presupuestos y los efectos o consecuencias de la obligación de indemnizar, en definitiva el cálculo de la indemnización. De un lado, sus presupuestos, las condiciones sustantivas para su ejercicio (párrafo primero del artículo 9:501, a lo que habría que añadir lo dispuesto en el artículo 8:108 sobre la exoneración), y de otro, las reglas relativas al cálculo de los daños y perjuicios (párrafo segundo del artículo 9:501 al 9:510).

2. CONCEPTO Y PRESUPUESTOS DEL DAÑO RESARCIBLE

2.1. Introducción

A continuación vamos a realizar un análisis del daño como requisito de la obligación de indemnizar, como efecto del incumplimiento inexcusable del contrato. Para ello, se estudia dónde y cómo se regula el daño en los PECL, cuál es el concepto de daños o pérdidas que han adoptado, qué pérdidas son las que generan el derecho a exigir una indemnización y cuáles son los requisitos o características que debe cumplir el daño para ser resarcible. Por último se aborda el examen de la reparación integral del daño, es decir, del principio rector del resarcimiento de los daños y perjuicios.

2.2. El daño en sentido material y jurídico: el daño indemnizable

El término daño hace referencia, en un sentido *lato* o genérico, desprovisto de toda connotación jurídica, a toda consecuencia desfavorable o perjudicial que sufre una persona, en sí o en sus bienes, derivada de una

conducta ajena, propia, o de la naturaleza misma¹⁴. No obstante lo anterior, no todo daño, en el sentido genérico expuesto, será objeto de tutela por el Ordenamiento jurídico. La amplitud del concepto daño como fenómeno material, como constatación fáctica de un perjuicio o situación desventajosa, precisa una delimitación, al objeto de determinar qué daños o perjuicios serán objeto de tutela jurídica, o lo que es lo mismo, qué daños o perjuicios adquieren relevancia jurídica¹⁵.

¹⁴ En tal sentido, afirma DE CUPIS, A., en relación al daño como fenómeno, que «daño no significa más que *nocimiento* o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable. Las fuerzas de la naturaleza, actuadas por el hombre, al par que pueden crear o incrementar una situación favorable, pueden también destruirla o limitarla. El concepto de daño se presenta, bajo este aspecto, sumamente amplio, ya que, de hecho ninguna limitación ofrece el lenguaje ordinario en cuanto al número de lesiones o perjuicios a las que pueda aplicarse la denominación de “daños”», *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*, traducción de la 2ª edición italiana y estudio preliminar por Ángel Martínez Carrión, Bosch, Barcelona, 1975, p. 81. También FISCHER, H.A., «En términos vulgares, llámase *daño* a todo detrimento o lesión que una persona experimenta en el alma, cuerpo o bienes, quienquiera que sea su causante y cualquiera que la causa sea, aunque se lo infiera el propio lesionado o acontezca sin intervención alguna del hombre», *Los Daños Civiles y su reparación*, Traducido del alemán con concordancias y un Apéndice sobre el Derecho español por W. Roces, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1928, p.1. En nuestro Derecho, PANTALEÓN PRIETO, F., «Daño», en AA. VV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. III, (dir. Alfredo Montoya Melgar), Civitas, Madrid, 1995, p. 1896, «Prejurídicamente, el daño puede definirse como toda modificación perjudicial en la esfera patrimonial o personal de un sujeto de derecho. Pero el concepto de daño debe perfilarse a la luz de su significación jurídica: la de ser el elemento fundamental de los supuestos de hecho de las normas de responsabilidad contractual y de responsabilidad extracontractual».

¹⁵ Así, DE CUPIS, A., respecto del daño en sentido jurídico, señala que «lo que el derecho *tutela*, el daño vulnera. Si el derecho *tutela*, un determinado *interés humano*, éste puede ser atacado por un *daño*, que será un daño en *sentido jurídico (daño jurídico)*, en cuanto contra él apresta el derecho la propia *reacción*. En consecuencia, el objeto del daño en sentido jurídico se configura *más limitado* respecto al objeto del daño entendido genéricamente; pues que, mientras el objeto del daño genéricamente entendido es *cualquier situación favorable*, que se refiera o no a seres humanos, objeto del daño en sentido jurídico no puede ser más que un *interés humano* jurídicamente tutelado. Ciertamente también, la reacción jurídica encuentra su razón de ser tan sólo frente al daño ocasionado a aquello que el derecho tutela y, por tanto, sólo el interés humano puede recibir la tutela del derecho», *El Daño. Teoría...*, op. cit., p. 109. Similarmente, LARENZ, K., «daño es el *menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en su propiedad o en su patrimonio*», *Derecho de obligaciones. Tomo I*. Versión española y notas de Jaime Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 193.

Al daño en sentido jurídico, al que es objeto de tutela jurídica, el que provoca la reacción del remedio indemnizatorio de los PECL, es al que vamos a dedicar nuestro estudio, no sin antes realizar una precisión terminológica.

Consideramos de interés hacer una diferenciación entre el daño jurídico y el daño resarcible o indemnizable, y ello al objeto de distinguir entre lo que sería el daño efectivamente causado y el que sería objeto de indemnización. Ambos daños pueden coincidir o no dependiendo de las circunstancias que concurren en el momento de producirse el incumplimiento, o una vez producido el mismo, y ello siempre teniendo en cuenta los aspectos que las partes tuvieron en cuenta o debieron tener en el momento de celebrarse el contrato.

El daño jurídico se corresponderá con todo menoscabo o desventaja que sufra una persona, en sí misma o en su patrimonio como consecuencia del incumplimiento inexcusable del contrato. Se corresponderá con el daño en bruto. Y no es más que el daño contemplado en el párrafo primero del artículo 9:501 de los PECL, es decir, todas *«las pérdidas sufridas a consecuencia del incumplimiento de la otra parte»*.

En cambio, el daño resarcible o indemnizable, sería un daño jurídico, que se configura como un daño más limitado que el anterior, un subtipo de daño jurídico. Es decir, el daño que efectivamente será resarcido, y vendría representado por todas *«las pérdidas sufridas a consecuencia del incumplimiento de la otra parte»* una vez pasado por el filtro del *test* de previsibilidad del artículo 9:503, de las pérdidas imputables a la parte perjudicada del artículo 9:504¹⁶, y de la obligación de mitigar el daño del artículo 9:505. El daño resarcible se corresponderá con el daño neto. De ello se colige que el carácter indemnizable del daño deriva de circunstancias extrínsecas a él, que tendrán que ser analizadas en cada supuesto de incumplimiento injustificado. Ello, sin duda, dificulta una definición de daño

¹⁶ En tal sentido FISCHER, H.A., señala que se integran dentro del concepto de daño «todos los perjuicios que el individuo sujeto de derecho sufra en su persona y bienes jurídicos, con excepción de los que se irroge el propio perjudicado», *Los Daños Civiles...*, *op. cit.*, p.1.

resarcible antes de la constatación de las circunstancias concurrentes en cada caso¹⁷.

No obstante la reseñada diferenciación, en ocasiones puede ocurrir que el daño jurídico *lato sensu* coincida con el daño indemnizable. ¿Cuándo se dará este supuesto?: en los incumplimientos inexcusables que provoquen un menoscabo o unas consecuencias desfavorables que coincidan exactamente con la cuantía del daño indemnizable, por no verse limitado el monto indemnizatorio por la concurrencia de alguna de las circunstancias anteriores. En conclusión, salvo la excepción anteriormente establecida, el daño jurídico *lato sensu* será el daño “*bruto*” producido por el incumplimiento, por tanto, el daño potencialmente indemnizable. Por el contrario, el daño resarcible, será el daño que efectivamente se indemnizará, una vez realizadas las operaciones delimitadoras del mismo, el daño “*neto*”, siguiendo la terminología anterior.

2.3. El concepto de daños y perjuicios

Los PECL no nos ofrecen un concepto normativo de los daños y perjuicios. No obstante haberse ocupado en la sección 3 del Capítulo 1 de establecer una serie de definiciones, entre las que ya se ha destacado la del término incumplimiento, no han hecho lo mismo con la de los daños y perjuicios. Por el contrario, en el Anexo del DCFR se definen los siguientes términos: “*damage*”, como cualquier tipo de efecto perjudicial -«*any type of detrimental effect*»-; “*damages*”, como la suma de dinero a la que una persona

¹⁷ Un supuesto de la distinción entre daño jurídico y daño resarcible, sería el de la Sentencia de 7 de Julio de 2008, ponente D. José Almagro Nosete (RJ 2008, 4473) comentada por OLIVA BLÁZQUEZ, F., así, «a la vista de los hechos que constan en la sentencia estudiada, no puede negarse que el demandante alegara y probara suficientemente la existencia de una serie de daños reales, como las reparaciones efectuadas a consecuencia del estallido de los cristales, los viajes, estancia y costes salariales que se derivaron del desplazamiento de sus trabajadores al Reino Unido, así como el importe de las existencias no utilizadas y adquiridas. Respecto al dictamen pericial que encargó la acreedora, es evidente que también se trata de un daño, en cuanto que significó una disminución patrimonial objetiva fácilmente cuantificable. Otra cosa es que resulte ser un daño indemnizable en función de los requisitos legalmente exigidos», «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008...», *op. cit.*, pp. 622 y 623.

tiene derecho, o mediante la cual una persona puede ser indemnizada por un Tribunal, como compensación por algún tipo específico de daño -«*a sum of money to which a person may be entitled, or which a person may be awarded by a court, as compensation for some specified type of damage*»-¹⁸; y “*loss*”, como comprensivo tanto de los daños patrimoniales como no patrimoniales, incluyéndose dentro de los patrimoniales las pérdidas de ingresos o de ganancias, los gastos en los que se haya incurrido y la pérdidas de valor de un bien. Dentro de los daños no patrimoniales se comprenden el dolor, el sufrimiento y el deterioro en la calidad de vida -«*“Loss” includes economic and non-economic loss. “Economic loss” includes loss of income or profit, burdens incurred and a reduction in the value of property. “Non-economic loss” includes pain and suffering and impairment of the quality of life*»-¹⁹.

Efectivamente, los PECL, al igual que la mayoría de los ordenamientos nacionales²⁰ y otros textos uniformes de la contratación supranacional²¹, no

¹⁸ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, edited by Christian Von Bar y Eric Clive, Volume I, Oxford, University Press, 2010, p. 68.

¹⁹ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and..., op. cit.*, p. 74.

²⁰ Tal ausencia de concepto normativo de daños y perjuicios se constata en los artículos 1101 y siguientes de nuestro Código Civil. Tampoco la derogada Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (BOE número 165, de 11-07-2003) contiene definición alguna. Por lo que respecta al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE número 287, de 30-11-2007), establece de forma abstracta en el párrafo primero del artículo 128 que «*todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios*». Posteriormente, el párrafo segundo tras establecer la compatibilidad del remedio resarcitorio con otras acciones o remedios que el perjudicado pueda ejercer, incluye expresamente entre los daños indemnizables el daño moral: «*las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizados por daños y perjuicios, incluidos los morales*», confirmando legislativamente el carácter resarcible del daño moral en la responsabilidad contractual, puesto que como se analizará, jurisprudencialmente ya lo ha sido. Por último, el artículo 129 del precitado Texto Refundido, regula el carácter resarcible de «*los daños personales*». La legislación en vigor en otros países tampoco aporta mayores concreciones, pues se limita a referirse al daño en general, sirvan como ejemplos, los artículos 1218 y siguientes del *Codice Civile* y los artículos 1146 y siguientes del *Code Civil*.

proporcionan un concepto general de daños y perjuicios, y se limitan a contemplar una serie de tipos específicos de daños indemnizables. Además, el artículo 9:501²² afirma la obligación de indemnizar de la parte incumplidora por los daños causados «a consecuencia del incumplimiento», sin establecer un concepto de daños y perjuicios. Lo anterior presupone un significado natural de los daños y perjuicios, y que la obligación de resarcir surja, en principio, por la causación de cualquier tipo de daños y perjuicios, lo que sitúa a los PECL entre los sistemas de cláusula general, es decir, entre los que otorgan una protección de bienes jurídicos en abstracto²³.

Si bien los PECL no contienen explícitamente un concepto o una definición de los daños y perjuicios, ello no significa que de su articulado y de sus comentarios no pueda presuponerse cuál es el concepto adoptado por los mismos²⁴.

²¹ Similarmente se expresan los artículos 82 de la ULIS, 74 de la CISG y 7.4.2. de los PICC. En cambio la Directiva 1999/44/CE sobre consumo no hace referencia alguna, no sólo a los daños y perjuicios, sino al propio remedio resarcitorio. Deja lo relativo a los daños y perjuicios a los Derechos nacionales, así el artículo 8 dispone que «1. Los derechos conferidos por la presente Directiva se ejercerán sin perjuicio de otros derechos que pueda invocar el consumidor en virtud de otras normas nacionales relativas a la responsabilidad contractual o extracontractual. 2. Los Estados miembros podrán adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la presente directiva, disposiciones más exigentes, compatibles con el Tratado, para garantizar al consumidor un nivel de protección más elevado».

²² Parecidos términos emplea el artículo 3:701 del libro III del DCFR: «(1) *The creditor is entitled to damages for loss caused by the debtor's non-performance of an obligation, unless the non-performance is excused.* (2) *The loss for which damages are recoverable includes future loss which is reasonably likely to occur.* (3) *"Loss" includes economic and non-economic loss. "Economic loss" includes loss of income or profit, burdens incurred and a reduction in the value of property. "Non-economic loss" includes pain and suffering and impairment of the quality of life*», STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and...*, op. cit., p. 915. A la medida de los daños en general se refiere el artículo 347 del Restatement: «*Subject to the limitations stated in §§ 350-53, the injured party has a right to damages based on his expectation interest as measured by (a) the loss in the value to him of the other party's performance caused by its failure or deficiency, plus (b) any other loss, including incidental or consequential loss, caused by the breach, less (c) any cost or other loss that he has avoided by not having to perform*».

²³ La mismas ideas inspiran en España a la PMCC, que dedica los artículos 1205 y siguientes a la indemnización de los daños y perjuicios. En concreto el artículo 1207 dispone que «*la indemnización de daños y perjuicios comprende no solo el valor de la pérdida que haya sufrido el acreedor, sino también de la ganancia que haya dejado de obtener*».

De la combinación de sus artículos 9:501 y 9:502 se deriva que con la expresión daños y perjuicios se hace referencia a cualquier tipo de consecuencia perjudicial, menoscabo o detrimento, ya sea patrimonial o no patrimonial, presente o futura, que sufre una parte contratante²⁵ derivada de un incumplimiento injustificado del contrato. Se comprende como daño patrimonial, tanto a las pérdidas sufridas -daño emergente-, como a las ganancias dejadas de obtener -lucro cesante-, y por daño no patrimonial, a los sufrimientos, molestias o daños morales²⁶. Por tanto, el concepto de daños y perjuicios que acogen los PECL, al igual que el DCFR, es omnicomprensivo²⁷, es decir, son

²⁴ Por el contrario, los PETL sí contienen expresamente una definición de daño resarcible en su artículo 2:101: «El daño requiere un perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido».

²⁵ Como ha indicado FISCHER, H.A., «el concepto jurídico del daño presenta un matiz marcadamente subjetivo. Aunque se destruya o deteriore una cosa, si no hay un sujeto interesado, a quien afecte el perjuicio, no puede decirse –jurídicamente hablando– que exista “daño”: la existencia y cuantía del daño patrimonial sólo pueden fijarse en relación con la persona que lo experimente», *Los Daños Civiles...*, op. cit., p.12.

²⁶ Al respecto señalan LANDO, O., BEALE, H., «*las pérdidas reparables no se limitan a las pérdidas pecuniarias, sino que puede cubrir también, por ejemplo, daños o sufrimientos, molestias o la carga psicológica o daños morales que el incumplimiento de la prestación suponga para la otra parte*». Emplean los PECL, como ejemplo ilustrativo de que las pérdidas no pecuniarias quedan cubiertas por el remedio indemnizatorio, el muy recurrente de los daños morales e inconvenientes sufridos como consecuencia de la contratación de un paquete de vacaciones que resulta ser en realidad muy diferente al ofertado. El ejemplo es el siguiente: «*A hace una reserva de vacaciones en la empresa B, que es una agencia de viajes. El paquete de las vacaciones reservadas incluye una semana en lo que se describe como una habitación espaciosa en un hotel de lujo con cocina excelente. En realidad, la habitación es un tugurio sucio, y la comida es espantosa. A tiene derecho a una indemnización por los inconvenientes sufridos y por aquello de lo que no ha podido disfrutar*», *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, Edición: Ole Lando y Hugh Beale, (Edición española a cargo de Barres Benlloch P., Embid Irujo J.M. y Martínez Sanz F.), Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, p. 641. Sobre la inclusión de las pérdidas no pecuniarias en el concepto de daños y perjuicios resarcibles, vid. en nuestro Derecho: Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, p. 372 y PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho...», op. cit., p. 88.

²⁷ Como afirma NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento debe cubrir, además de las pérdidas que tengan carácter pecuniario, aquellas pérdidas que no lo tengan y las pérdidas futuras que de forma razonable probablemente tengan lugar (art. 9:501 [2] PEDC). Rige por tanto el principio de resarcimiento integral. En este sentido, el incumplidor debe indemnizar todo el daño que haya ocasionado y que sea consecuencia de la falta de ejecución del programa contractual como se deduce de la primera proposición del art. 9:503 PEDC», «El

susceptibles de protección tanto las cosas materiales -pérdidas pecuniarias o daños patrimoniales-, como los denominados bienes de la personalidad -pérdidas no pecuniarias o también denominados daños morales-, entre los que se encuentran, entre otros, la propia imagen, la libertad, la salud y el honor²⁸. Dicha definición se refiere a los daños o perjuicios en sentido jurídico, ya que, el daño indemnizable será el daño que efectivamente se indemnizará, una vez realizadas las precitadas operaciones delimitadoras.

Nuestro Código civil tampoco contiene una definición de daños y perjuicios. El artículo 1101 se limita a describir de forma genérica la obligación de reparar los daños y perjuicios en los siguientes términos: «*Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento*

resarcimiento de daños en los Principios de Derecho de los Contratos (Con especial referencia al Derecho español)», *Actualidad Civil*, 2000, p. 1241.

²⁸ La cuestión de la inclusión de los daños no pecuniarios o morales dentro de los daños indemnizables parece no gozar de apoyo normativo expreso en los artículos que regulan la indemnización de los daños contractuales en nuestro Código civil. Así lo ponen de manifiesto, entre otros, Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., quienes exponen que «el incumplimiento contractual puede causar daños no sólo pecuniarios, sino también no pecuniarios o morales. Mientras que la indemnización de los primeros no ha suscitado duda, sí la ha suscitado la indemnización de los segundos en el ámbito de responsabilidad contractual. Como recuerda el profesor Díez-Picazo (de acuerdo con F. Igartua), el principal inconveniente se encuentra en nuestro CC en el art. 1.106. “Frente al art. 1902, que obliga a reparar el daño causado, el art. 1.106 (...) sólo comprende como daño indemnizable la pérdida sufrida y la ganancia dejada de obtener, recibiendo lo que el autor antes citado [Fernando Igartua] ha llamado una concepción economicista del daño contractual, que se lleva a cabo a través de una valoración global del patrimonio, pero sin incidir en perjuicios de carácter extrapatrimonial. A ello se añade la idea de que por daño moral debe entenderse un ataque o lesión de bienes o derechos de la personalidad, lo que resulta de fácil engarce con la responsabilidad contractual” (*Fundamentos*, II, p. 688). A pesar de esta apreciación, nuestra jurisprudencia contiene casos en los que el incumplimiento de un contrato provoca daños morales, que considera indemnizables. Recordemos, por ejemplo, la STS de 3 de junio de 1991. El caso que se enjuicia es el de un pintor que ha cedido para una exposición unos cuadros que resultan deteriorados en su transporte. El pintor, junto al daño material, por dicho deterioro, reclama el daño moral que el mismo ha significado para él. El TS justifica en estos términos la indemnización del daño moral: “Vertiente distinta ofrece el análisis de los daños morales, en su derecho de autor, que indudablemente afectan al hoy recurrente. En este sentido ha de hacerse constar que su acogimiento tiene apoyo positivo, tanto en los arts. 1.101, 1.106 y en caso 1.902 CC...”», *op. cit.*, p. 372. Por el contrario, como ya se ha indicado, los PECL sí establecen de forma expresa el carácter de daños indemnizables de los no pecuniarios o morales. Más detallado aún que el párrafo segundo del artículo 9:501 de los PECL, se muestra el párrafo tercero del artículo 3:701 del libro III del DCFR: « (3) “Loss” includes economic and non-economic loss...“Non-economic loss” includes pain and suffering and impairment of the quality of life», STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and...*, *op. cit.*, p. 915.

de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquélla», sin concretar las clases o tipos de daños resarcibles²⁹. El resto de artículos relativos a los daños y perjuicios contractuales, artículos 1102 a 1108, establecen diferentes aspectos y circunstancias a tener presentes para proceder a dicha indemnización. En concreto el artículo 1106 trata del daño emergente y del lucro cesante, omitiendo cualquier referencia a qué se debe entender por tales menoscabos³⁰. Tal ausencia de definición ha provocado que sea la doctrina y la jurisprudencia, tanto contractual como extracontractual, las que hayan elaborado un concepto de los mismos³¹.

En la doctrina, la mayoría se ha orientado por definir el daño como todo menoscabo o detrimento que sufre una persona en su ámbito o esfera de intereses³². Así, LACRUZ BERDEJO *et alii* definen el daño como «toda desventaja

²⁹ En el mismo sentido, pero en relación a la responsabilidad extracontractual, NAVEIRA ZARRA, M.M., afirma que «teniendo en cuenta la relación de interdependencia que existe entre el resarcimiento y el daño, se hace preciso tomar como punto de partida para acometer el análisis del resarcimiento la previa individualización del concepto de daño resarcible. Lo anterior es necesario porque el daño no aparece definido en nuestras leyes postcodificadoras reguladoras de la responsabilidad civil extracontractual. Por el contrario, el art. 1902 del CC, siguiendo al Code Francés, se limitó a enunciar de forma genérica la obligación de reparar los daños causados como consecuencia de una acción u omisión culpable o negligente, sin proceder a tipificar los supuestos o categorías de daños jurídicamente relevantes, es decir resarcibles», *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil*, Edersa, Madrid, 2006, p. 36.

³⁰ CARRASCO PERERA, A., «El artículo 1.106 no contiene una definición de daños, ni tan siquiera una definición del daño resarcible. Pérdida y ganancia son expresiones naturalísticas tomadas de la realidad social y económica. No existe un concepto normativo de daño», «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 669.

³¹ Como ha manifestado CRISTÓBAL MONTES, A., «¿Qué debe entenderse por daño? No es fácil dilucidar un concepto que sea susceptible de englobar la afección que sufre o puede sufrir el acreedor cuando la prestación que esperaba obtener ya no resulta realizable. Valores estrictamente económicos se dan junto a otros de índole intelectual, frustraciones patrimoniales coexisten con insatisfacciones espirituales y proyectos pecuniarios se desmoronan al lado de previsiones de orden anímico», *El incumplimiento de...*, *op. cit.*, p. 224. En similares términos DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Nuestro Código, siguiendo en este punto las pautas del Derecho Común, se limita a decir en el art. 1106 que...No es fácil, a tenor de ello, establecer un concepto perfilado de los daños contractuales, hasta el punto de que la doctrina que se ha ocupado del tema, ha señalado que no es posible establecer directrices generales», *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Las Relaciones Obligatorias*, 6ª edición, Civitas, Madrid, 2008, p. 787.

en los bienes jurídicos de una persona; significa un desequilibrio jurídico que la indemnización debe cubrir, en todo o en parte»³³. Según SANTOS BRIZ, «daño es todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y del cual haya de responder otra»³⁴. Para Díez-PICAZO, debe tenerse por daño «toda disminución desventajosa en que el acreedor se vea colocado como consecuencia de la lesión de su derecho de crédito»³⁵.

En lo que se refiere a los pronunciamientos del Tribunal Supremo, se tiene por daños y perjuicios: «toda disminución del patrimonio del acreedor, bien provenga de una pérdida -daño emergente-, bien de una privación de ganancia -lucro cesante-»³⁶; «el menoscabo sufrido por el acreedor consiste en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el evento dañoso»³⁷; «la

³² En similares términos, en la doctrina italiana se han pronunciado sobre el concepto de daño: GIORGI, G., de forma más extensa considera que «es notorio entenderse por daño toda disminución del patrimonio del acreedor, sea que conste de una *pérdida (dammum emergens)*, ya consista en la *privación de una ganancia (lucrum cesans)*. Así una como otra manera de daño puede ser *actual ó potencial*, que es lo mismo que decir ya ocurrido ó bien no verificado todavía, pero cierto en su existencia futura, ó de certeza absoluta, ó con certeza relativa al hecho especial y concreto. También puede ser á veces *daño común*, y en otras *daño propio* del acreedor perjudicado, que como veremos en breve tiene su importancia en cuanto á la prueba ...En conclusión, podemos decir que toda disminución de patrimonio sufrida por el acreedor puede ofrecer materia de resarcimiento, siempre que sea cierto el concurso actual ó potencial del daño», *Teoría de las Obligaciones...*, cit. op., p. 136; BIANCA, C.M., «la nozione di danno può essere ravvisata nella lesione di un interesse che il soggetto subisce in conseguenza dell'altrui fatto ingiusto o di altro fatto che costituisca titolo di responsabilità», *Dell'inadempimento delle obbligazioni: art. 1218-1229*, 2ª edición, Nicola Zanichelli, Bologna, 1979, p. 246.

³³ LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRIA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil II Derecho de Obligaciones*, 2ª edición. Revisada y puesta al día por Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2000, p. 205.

³⁴ SANTOS BRIZ, J., *Derecho de daños*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 107.

³⁵ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, op. cit., p. 787.

³⁶ STS de 14 de diciembre de 1950, ponente D. Felipe Gil Casares (RJ 1950, 1840).

³⁷ STS de 6 de octubre de 1962, ponente D. Manuel Ruiz Gómez (RJ 1962, 3603).

amplia dicción del art. 1106 del C. Civ., la entidad del resarcimiento, presupuesto el evento perjudicial y la conducta sancionable, abarca todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor, consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por disminución efectiva del activo, bien por la ganancia perdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo, por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento o acto ilícito (restitutio in integrum)»³⁸.

Si bien parece clara la idea de que el daño aparece representado por toda disminución, afección, menoscabo o desventaja que sufra una persona, ya sea en su esfera patrimonial como personal, no siempre ha sido así. La inclusión dentro del daño de los menoscabos o desventajas personales, o empleando la terminología de los PECL, lo daños no pecuniarios, no tuvo lugar en sede responsabilidad contractual hasta la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1984³⁹, relativa a la reclamación interpuesta por un abogado

³⁸ SSTs de 10 de enero de 1979, ponente D. Jaime De Castro García (RJ 1979, 18). En los mismos términos, entre otras, las de 6 de octubre de 1982, ponente D. Antonio Fernández Rodríguez (RJ 1982, 5540), de 2 de abril de 1997, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 1997, 2727)

³⁹ SSTs de 9 de mayo de 1984, ponente D. Carlos De la Vega Benayas (RJ 1984, 2403): «en el caso del recurso la petición se refiere al resarcimiento de daños morales repercutible o morales indirectos, precisa tener en cuenta la relatividad e imprecisión forzosa del daño moral impide una exigencia judicial estricta respecto de su existencia y traducción económica o patrimonial y por lo mismo exige atemperar con prudente criterio ese traspaso de lo físico o tangible a lo moral o intelectual y viceversa, paso que, si filosóficamente es tenido por imposible (el del mundo del ser al del deber ser), jurídicamente ha de ser resuelto por aproximación y necesidad pragmática de resolver el conflicto y de dar solución a la finalidad social que el Derecho debe conseguir para evitar la injusticia y cumplir el principio del alterum non laedere y con ello la impunidad de tantas y tantas conductas que la actual sociedad tecnificada y burocratizada produce, al abrigo de la masificación de los servicios y contratos colectivos y de adhesión, estatales o paraestatales; y sin olvidar tampoco que en punto a esta clase de perjuicios y daños inmateriales, su producción, su existencia y su realidad, es decir, su prueba es paradójicamente, más fácilmente apreciable o perceptible en los casos de incumplimiento contractual, pues ya el hecho de esa conducta en una de las partes en el contrato produce, en curso normal de la convivencia y de las expectativas creadas por la relación negocial intersubjetiva, una frustración, una ruptura de la confianza que es la base de la buena fe (arts. 7º, 1º y 1258 del C. Civ.) y aunque una concepción economista y material de

por su omisión en la lista de la guía telefónica, de igual forma que hizo la sentencia de 6 de diciembre de 1912 en el ámbito de la responsabilidad extracontractual⁴⁰, cuando se rompe con el concepto economicista del daño, y

la convivencia abonó o amparó en un tiempo una respuesta negativa para resarcir esa frustración, cierto es que hoy aparece superada (como se superó el rechazo de la indemnización de los daños morales a partir de la sentencia de 6 diciembre 1912), o en vías de superación, esa tesis restrictiva merced o gracias a la beneficiosa o compensadora entrada o irrupción de la ética (exposición de motivos del Título preliminar del C. Civ., de 1974) en el campo de las relaciones jurídicas, influjo que ha de ser mantenido e incluso reforzado a la vista de los principios sufralegales consagrados en nuestra Constitución de 1978: art 1.º, con su referencia al valor justicia, y décimo, que consagra y obliga al respecto del derecho de los demás... si la Sala sentenciadora, en la resolución que se impugna, admite y declara que hubo negligencia en la Compañía Telefónica y contravención por ésta del contrato de publicidad, debió de sacar las derivaciones lógicas y normales de ese incumplimiento, sin refugiarse en la estricta literalidad y excesiva generalidad de aquella tesis negativa, que ha de ser matizada según casos y circunstancias, concretamente y con más razón, como se ha dicho, en los supuestos de exigencia del resarcimiento por daños inmateriales o relativamente patrimoniales o indirectos, tales fama, el prestigio, la nombradía profesional, la permanecía en el ejercicio de una actividad dependiente de clientela y anunciada mediante la normal publicidad en los casos en que, como el de autos y recursos, era realizada en la Guía Telefónica según contrato con el cliente o abonado reclamante, Abogado en ejercicio, cuyos datos desaparecieron de la Guía durante un año, con la natural repercusión que ello entraña en punto a la incertidumbre de su baja o cesación profesional, traducible lógicamente en minoración de clientela y otros efectos, tales como *mutatis mutandi*, es corriente en el mundo de la publicidad, en el que la permanencia del asunto se convierte en necesidad inexcusable para la persistencia del tráfico mercantil, industrial o profesional; por lo que en definitiva, sentada por la Sala la existencia de culpa en la Compañía, no cabe olvidar su natural consecuencia so pretexto de su indeterminación, prueba y producción económica, cuando esa dificultad puede ser superada con los elementos probatorios que se ofrecen, fundamentalmente el hecho mismo del incumplimiento (el daño *in re ipsa*). Al respecto, *vid.*, MUÑOZ SABATÉ, L., «Hacia un nuevo tratamiento de los daños y perjuicios contractuales», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1985, pp. 253 a 255.

⁴⁰ STS de 6 de diciembre de 1912, ponente D. Rafael Bermejo (RJ 1912, 95). Resulta interesante, sobre el fundamento de la indemnización del daño moral, y su distinción con los daños materiales, la STS de 2 de abril de 2004, ponente Don Clemente Auger Liñan (RJ 2607, 2004), que afirma que junto a la obligación de resarcir que surge de los daños patrimoniales, surge el daño representado por el dolor psíquico o espiritual, por lo que «aunque el daño moral no se encuentre específicamente nominado en el Código Civil, tiene adecuado encaje en exégesis de ese amplísimo “reparar el daño causado” que emplea el artículo 1902, como tiene declarado esta Sala a partir de la sentencia de 6 de Diciembre de 1912; la construcción del referido daño como sinónimo de ataque o lesión directo a bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad peca hoy de anticuada y ha sido superada tanto por la doctrina de los autores como de esta Sala. Así, actualmente, predomina la idea del daño moral, representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades, o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, honestidad, muerte de persona allegada, destrucción de objetos muy estimados por su propietario, etc). De ahí que, ante, frente o junto a la obligación de resarcir que surge de los daños patrimoniales, traducido en el resarcimiento económico o dinerario de “lucro cesans” y/o del “damnum emergens”, la doctrina jurisprudencial haya arbitrado y dado carta de naturaleza en nuestro derecho a la reparación del daño o

se admiten como partidas indemnizables los *daños inmatrimoniales o relativamente patrimoniales o indirectos*⁴¹. En esta dirección se orientan muchas sentencias⁴², si bien no es raro encontrar otras que plantean dudas sobre la naturaleza indemnizable de daño moral⁴³.

También se ha afirmado que el daño se determina comparando el estado actual del patrimonio del perjudicado por el incumplimiento y el estado que tendría de no haberse producido el evento dañoso, lo que se denomina la “teoría de la diferencia” que, como se analizará, consideramos que no es la adoptada por los PECL. En la doctrina científica⁴⁴ se han postulado como defensores de la misma, entre otros, LACRUZ BERDEJO *et alii*, afirmando que el daño «conceptualmente se determina prescindiendo mentalmente del evento dañoso y calculando cuál sería, entonces la situación del dañado: la diferencia

sufrimiento moral, que si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado».

⁴¹ Como afirma CAPILLA RONCERO, F., «de una noción restringida de daño indemnizable, sinónima de menoscabo o no ganancia en el patrimonio del acreedor, se pasa a una noción mucho más amplia que comprende el menoscabo de cualquier bien de la persona, sea o no patrimonial», *La Responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Fundación Universitaria de Jerez, 1989, p. 105.

⁴² Las SSTs de 15 de febrero de 1994, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1994, 1308); 9 de diciembre de 1994, ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1994, 9433); de 19 de octubre de 1996, ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1996, 7508).

⁴³ Entre otras, plantean la duda sobre la indemnización del daño moral, la STS de 10 de julio de 2003, ponente D. Clemente Auger Liñán (RJ 2003, 4622): «En relación a la existencia del daño existe la duda respecto a la atribución de indemnización de los daños morales únicamente en supuesto de culpa extracontractual y no a los daños derivados de incumplimiento de contrato. Actualmente, y sin que ello prejuzgue la solución del presente caso, el criterio que parece predominar es el favorable a la indemnización de daños morales aunque deriven de infracción de contrato».

⁴⁴ También CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 670 a 672. Si bien, dicho autor manifiesta que «la consideración de que el daño se cifra en la cantidad diferencial entre dos estados patrimoniales no debe extremarse hasta el punto de desconocer la polivalencia de la técnica indemnizatoria en nuestro Derecho». SÁNCHEZ ARISTI, R., también sostiene la teoría de la diferencia, afirmando en relación al concepto de daño, que: «suele proponerse como fórmula para su determinación, la de una comparación hipotética entre la situación real en que se halla el patrimonio del acreedor, como consecuencia de lo incumplimiento, y aquella en la que se hallaría si dicho incumplimiento no se hubiera producido», «Comentario a los artículos 1.101 a 1.107», en AA. VV., *Comentario al Código Civil*, (coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1288.

entre ésta y la real (consecuencia de la real producción del evento dañoso) representa el daño»⁴⁵. La teoría de la diferencia ha sido objeto de una acerada crítica por parte de PANTALEÓN PRIETO, quien expone una serie de argumentos, en virtud de los cuales no «es defendible en nuestro Derecho el concepto del daño de la teoría de la diferencia: disminución patrimonial dada por la diferencia entre el valor actual del patrimonio del dañado y el valor que este patrimonio habría tenido, de no haberse producido el hecho dañoso»⁴⁶. Consecuentemente, dicho autor sostiene una concepción del daño como la lesión de un interés subjetivo-histórico, en contraposición a la lesión de un interés objetivo-típico.

Nuestra jurisprudencia ha sido ajena a las críticas formuladas contra la teoría de la diferencia, y se ha pronunciado con total claridad en favor de la concepción diferencial del daño⁴⁷. Así, afirma en multitud de sentencias que el daño surge de la comparación de dos estados patrimoniales del acreedor; por un lado, el que ostenta después de producirse el incumplimiento y, por otro, el que tendría, si realizamos la ficción, de que el incumplimiento dañoso no hubiera acaecido⁴⁸.

De lo hasta aquí expuesto, se puede concluir que de las notas que definen los daños y perjuicios tanto en los PECL como en nuestro Derecho, las diferencias no resultan ni mucho menos insalvables. La desventaja o menoscabo, tanto pecuniaria como no pecuniaria, está presente en ambos, si

⁴⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L., *et alii*, *Elementos de Derecho Civil II...*, *op. cit.*, p. 205.

⁴⁶ PANTALEÓN PRIETO, F., «Daño», *op. cit.*, p. 1897. También ha planteado objeciones a la teoría de la diferencia, Díez-PICAZO, L., afirmando que el daño «no puede medirse únicamente, de acuerdo con los postulados de la llamada teoría de la diferencia, por la diferencia entre el valor de su patrimonio antes y después de la lesión, sino que exige una comprobación más amplia de la situación patrimonial entera», *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, *op. cit.*, p. 787.

⁴⁷ Así lo afirman, entre otros LLAMAS POMBO, E., «Comentario a los artículos 1.096...», *op. cit.*, p. 1850 y OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Comentario a la Sentencia de 7...», *op. cit.*, p. 615.

⁴⁸ Por todas, *vid.*, las STS de 6 de octubre de 1962, ponente D. Manuel Ruiz Gómez (RJ 1962, 3603); de 10 de enero de 1979, ponente D. Jaime De Castro García (RJ 1979, 18) y de 2 de abril de 1997, ponente Don Pedro González Poveda (RJ 1997, 2727).

bien en nuestro Derecho por vía jurisprudencial y doctrinal, siendo lo deseable que el Código civil comprendiera la mención expresa de los daños no pecuniarios⁴⁹.

Quedarían por resolver las cuestiones de si los PECL adoptan un concepto de daño acorde con la teoría de la diferencia, y si nuestro Derecho, o mejor dicho, nuestra jurisprudencia, ha sido sensible al carácter de indemnizable de los daños futuros. Ello será abordado, respectivamente, en el análisis del principio rector del resarcimiento, y en los tipos de daños que se integran dentro del concepto de daños y perjuicios.

2.4. El significado de los términos “daños y perjuicios”

Una vez establecido el concepto de daños y perjuicios como presupuesto de la obligación de indemnizar, consideramos necesario plantear la cuestión del significado de dichos términos en los PECL. En concreto, si ambos términos pueden ser utilizados como sinónimos, como venimos haciendo hasta ahora, o si, por el contrario, tienen un significado propio y diferenciado⁵⁰.

⁴⁹ Considero que la COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN CIVIL), *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de obligaciones y Contratos*, Boletín de información, Ministerio de Justicia, Madrid, año LXIII, Enero de 2009, pp. 1 a 70, ha dejado escapar la oportunidad de pronunciarse al respecto, pudiendo haber ratificado, lo que ya es jurisprudencia consolidada, que el daño indemnizable también incluye al no pecuniario o moral. No obstante lo anterior, en materia de consumidores y usuarios, el artículo 128 del TRLGCU sí reconoce de forma expresa la indemnización de los daños morales, siendo su tenor literal «*Todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios. Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuosos del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar*».

⁵⁰ Muy interesante resulta el estudio sobre el significado de los términos daño y perjuicio en el Derecho español de NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, op. cit., pp. 72 a 75, con la que coincidimos plenamente.

De un examen detallado de sus artículos, se observa que, por una parte, la “Comisión Lando” emplea los términos “daños y perjuicios” de forma conjunta en los artículos 8:101, 8:102, 8:106, 9:103, 9:501, 9:502 y 9:510, y por otra, realiza una mención exclusiva de la expresión “daños” en los artículos 9:502, 9:505, 9:506, 9:507, 9:508, 9:509, mientras que no se emplea de forma aislada el término “perjuicios” en ningún artículo. Por último, el comentario al artículo 9:501 recoge la expresión “inconvenientes sufridos”.

Por ello, resulta necesario establecer conclusiones sobre las realidades a las que aluden los PECL cuando utilizan tales términos. Cuando se emplea de forma exclusiva la expresión “daños”, debe ser entendida en un sentido *lato*, como aglutinadora de todos los daños y perjuicios que puedan producirse al perjudicado. Cuando se emplea la expresión “daños y perjuicios”, en unas ocasiones, lo hace en relación al sentido indicado, sirva como ejemplo el Comentario al artículo 9:501 al establecer que *«S será responsable de la indemnización por daños y perjuicios por el retraso en la prestación»*, por lo que las expresiones indicadas no resultan ser más que un pleonismo. En otras, se emplea en referencia al medio de tutela propiamente dicho, es decir al remedio indemnizatorio, tal sería el caso también, por ejemplo del comentario al artículo 9:501, al decir que *«la indemnización de daños y perjuicios exige la existencia de pérdidas»*.

Recientemente, en el Derecho Español, NAVEIRA ZARRA se ha ocupado del estudio de los términos “daños y perjuicios”, llegando a una interesante conclusión respecto al diferente significado que ambos términos tienen en el artículo 1106 del Código civil. Afirma que, «cuando la empleada es la locución “daños y perjuicios” parece que el codificador ha querido identificar el daño con el daño emergente y el perjuicio con el lucro cesante. El argumento decisivo que nos conduce a tal conclusión es la lectura del art. 1106 del CC, que utiliza la expresión “daños y perjuicios” para definir a continuación los conceptos que se comprenden en la indemnización y que no son otros que el daño emergente o *“valor de la pérdida que haya sufrido”* y el lucro cesante o *“el de la ganancia que haya dejado de obtener”* el acreedor o perjudicado. Parece, por tanto, que

este precepto establece una correlación o correspondencia entre daño/daño emergente, por un lado, y perjuicio/lucro cesante, por otro»⁵¹.

La anterior afirmación no resulta predicable respecto de los PECL. Y ello, porque, si bien el tenor literal del precitado artículo 1106 es que «*la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor*», su correlativo en los PECL, el artículo 9:502, dispone que «*la indemnización por daños comprende las pérdidas efectivamente sufridas por la parte perjudicada y las ganancias que haya dejado de obtener*». A diferencia del artículo 1106, que parece identificar al daño con el daño emergente, y al perjuicio con el lucro cesante, el artículo 9:502 emplea exclusivamente el término daño, y engloba dentro del mismo, tanto al daño emergente «*las*

⁵¹ NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, op. cit., pp. 74 y 75, quien además apoya su afirmación en los antecedentes de nuestro Código: «acudiendo al Proyecto de GARCÍA GOYENA, nos encontramos con el art. 1015, antecedente del definitivo art. 1106 del CC. En el breve comentario que el ilustre jurista le dedica, nos parece significativa la remisión que realiza a las Partidas, puesto que de forma expresa equipara los términos en ellas contenidos («daños e menoscabo») con las expresiones que, aludiendo al daño emergente y al lucro cesante, aparecen recogidas en el Digesto. Es decir, el daño lo hace equivaler al «*quantum mihi abest*» o daño emergente y el menoscabo, al «*quantumque lucrari potui*» o lucro cesante. Además remontándonos a las propias Partidas, a través de las cuales se produjo en España la recepción del *Ius Commune*, hallamos argumentos a favor de la posibilidad de emplear “daño” y “perjuicio”, indistintamente, en sentido amplio o en sentido estricto. En concreto, la partida V, Título VI, Ley III utiliza las expresiones “daños e menoscabos” en un sentido estricto, de modo que los primeros se hacen equivaler al daño emergente y los segundos, al lucro cesante. Así lo evidencia la traducción que la propia Ley realiza del término «menoscabos» por el vocablo latino *interesse*. En este sentido estricto se pronuncia igualmente la Partida VII, Título XV, Ley XIX, cuando señala que “(...) *aquel que daño fiziere en otra cosa semejane, non es tenuto solamente de fazer emienda de aquella cosa que empeorasse o matasse. Mas aun le debe fazer emienda del menoscabo que se sigue al señor por razon de aquella cosa quel matassen*”. Por su parte, emplea la expresión «daño» en un sentido amplio la Partida VII, Título XV, Ley I, cuando define el daño como “*empeoramiento, o menoscabo o destruymiento que ome rescibe en si mesmo, o en sus cosas por culpa de otro*”. Frente a esta utilización amplia del término “daño”, el glosador GREGORIO LÓPEZ pone de relieve el otro sentido del término: el sentido estricto que lo hace equivaler a daño emergente. Dice literalmente: “c) *Daño es. Adde. 1. 3. Ff. De damno infecto. ubi vid. glo. Bart. et doctores, et damnun dicitur sentire, qui patitur diminutionem patrimonii, non qui perdit lucrum non radicatum, et perfecte acquisitum*”. En consecuencia, el examen de las fuentes históricas nos conduce a la conclusión arriba apuntada, que nos lleva, por tanto, a rechazar la simplista explicación que justifica la utilización de la expresión «daños y perjuicios» como un simple pleonismo». En contra de tal afirmación, por lo que respecta al artículo 1106, se pronuncia SÁNCHEZ ARISTI, R., «Comentario a los artículos 1.101...», op. cit., p.1288.

pérdidas efectivamente sufridas por la parte perjudicada», como al lucro cesante *«las ganancias que haya dejado de obtener»*. Dicho precepto omite cualquier referencia al perjuicio.

Ahora bien, tal omisión del término perjuicio en el artículo 9:502, nos plantea la cuestión de si, con ella, la intención de los PECL es evitar cualquier tipo de distinción entre las expresiones “daños y perjuicios”, por lo que ambos términos aluden a la misma realidad, que es la postura que sostenemos; o si por el contrario, se trata de un simple error u omisión de la traducción inglesa a la del castellano.

Para resolver tal cuestión, debemos acudir a la versión inglesa de los PECL, para comprobar cuáles son los términos que emplean en referencia a los daños y perjuicios y de qué manera ha sido traducida al castellano. Así, el artículo 9:501 emplea la expresión “*damages*”, que ha sido traducida como “*daños y perjuicios*”. En cambio, la expresión “*damages*” del inciso final del artículo 9:502 ha sido traducida sólo como *daños*. *A priori*, parece que podría justificarse la omisión del término “*perjuicios*” en una mera relajación de los traductores, por lo que, si realizamos una abstracción de la misma, y donde el artículo 9:502 dice “*damages*”, lo interpretamos también como daños y perjuicios, el tenor literal del artículo 9:502 debería ser “*la indemnización por daños y perjuicios comprende las pérdidas efectivamente sufridas por la parte perjudicada y las ganancias que haya dejado de obtener*”. Si damos como válida la mera omisión en la traducción, sí podría justificarse en los PECL, como hace NAVEIRA ZARRA para nuestro Derecho, la correlación entre daño y daño emergente, por un lado, y la de perjuicio y lucro cesante, por otro.

No obstante, estimo que justificar dicha correlación en los PECL, sólo en una mera omisión de traducción, puede resultar, tal vez, demasiado frágil para llegar a una conclusión convincente. Por nuestra parte, no conformes con la solución apuntada, hemos procedido a un examen de los Comentarios de los artículos de los PECL, en aras de aportar una mayor claridad a la cuestión. Es posible concluir que los PECL, a diferencia de nuestro artículo 1106, utilizan la expresión “*damages*”, que siempre debe ser traducida como “daños y

perjuicios”, en un único sentido, como omnicomprensiva de todos los daños que puedan provocarse al perjudicado, sin distinguir entre daños como daño emergente y perjuicios como lucro cesante, sino como todo lo contrario, como aglutinadora de ambos menoscabos patrimoniales, salvo cuando la emplea en referencia al medio de tutela en cuestión. El término “*damages*”, unas veces es traducido como “daños” y otras como “daños y perjuicios”, sin que a nuestro juicio esta diferencia menoscabe la unidad de fondo. Como muestra de lo anterior, emplean el término “*daños*”, o “*damages*” en la versión inglesa, en referencia exclusivamente al lucro cesante, en el siguiente ejemplo: «*S acuerda vender a B una máquinas, sabiendo que son necesarias para que B pueda trabajar en su fábrica. Pese a que había pactado entregar la maquinaria el 1 de junio, S incumple su obligación y no lleva a cabo la entrega. Cada semana de retraso supone para B unas pérdidas de 1.000 \$, cifra que constituye un índice de beneficio normal en un negocio como el de B. El 29 de junio se declara un incendio en la fábrica de B que la destruye totalmente. El 16 de julio, S entrega la maquinaria. B que no tiene ninguna posibilidad de colocar y utilizar la maquinaria en otro lugar en ese momento, puede recuperar 4.000 \$ en concepto de daños por la pérdida de beneficios hasta el 29 de junio, pero ninguna otra cantidad por las pérdidas sufridas a partir de esa fecha*»⁵².

En otras ocasiones, los PECL utilizan el término “*damages*”, en referencia exclusivamente al daño emergente. Sirva como muestra: «*S vende a B un coche Renault por un importe de 5.000 \$, asegurándole que se trata de un modelo del año 1990. Se trata en realidad de un modelo de 1998, cuyo valor en el mercado es de 1.500 \$ menos que el modelo de 1990. El precio pagado conforme al contrato no importa a la hora de calcular los daños. B tiene derecho a una indemnización por daños de 1.500 \$, que constituye la diferencia de precio entre el valor garantizado del coche y el valor del coche que se entregó*»⁵³.

⁵² LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, op. cit., p. 640.

⁵³ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, op. cit., p. 646.

Por último, la mayoría de las veces, los PECL emplean la expresión “*damages*”, como comprensiva de cualquier daño que se pueda producir a la parte perjudicada, tanto al daño emergente como al lucro cesante. Así, en el comentario al artículo 9:501 se afirma que «la parte perjudicada reciba una indemnización por daños y perjuicios siempre que haya sufrido pérdidas»⁵⁴.

En consecuencia, aceptamos que con los términos *damages*, daños y perjuicios, o exclusivamente daños, se hace referencia a una única realidad, a saber, todo daño, perjuicio, menoscabo o inconveniente, patrimonial o no patrimonial, presente o futuro que sufre la parte acreedora como consecuencia del incumplimiento. Parte, por tanto, la “Comisión Lando”, de un concepto unitario y omnicomprendivo de daño⁵⁵.

2.5. La certeza y prueba como presupuestos esenciales del daño: el daño *in re ipsa*

2.5.1. Certeza y prueba

Como ya se ha indicado, la función de la indemnización de daños y perjuicios es la de resarcir todas las consecuencias y repercusiones desventajosas, es decir, los daños producidos por el incumplimiento injustificado del contrato, y, de este modo, reequilibrar la situación patrimonial lesionada del acreedor; por lo que resulta vital para el buen fin del remedio, la

⁵⁴ En la versión española de los PECL, LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, op. cit., p. 639. El tenor literal de la versión inglesa es «*The aggrieved party to recover damages whenever it suffers loss from the other party's*», LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, op. cit., p. 434.

⁵⁵ Para CHENGWEI, L., el uso de las expresiones daños y perjuicios resulta justificada en relación a la CISG, siendo igualmente predicable para los PECL, en que «under the CISG, Art. 74 provides a general rule which is applied when a party under Art. 45/61 is entitled to claim damages, and provides that the injured party may recover as damages “*a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered [...] as a consequence of the breach*”. The specific reference to “loss of profit” is necessary because in some legal systems the concept of “loss” standing alone does not include loss of profit», «Remedies for Non-performance: Perspective from CISG, UNIDROIT & PECL», <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei-74.htm1>, p. 2.

existencia y prueba del daño, ya que sin él no existe nada que indemnizar⁵⁶; siendo presupuesto esencial que sea real y cierto y que quede probado⁵⁷.

La certeza del daño equivale a daño real, daño existente, no hipotético ni imaginario⁵⁸. De que el daño sea cierto derivará que pueda ser probado. En los artículos que regulan el remedio indemnizatorio en los PECL no se hace referencia a la certeza, o por lo menos a la certeza del daño presente, ya que el inciso final del artículo 9:501, respecto a los daños futuros, establece que serán indemnizables los que se produzcan de forma «*previsible y razonablemente*». Al respecto, afirma NAVAS NAVARRO que «los PEDC guardan silencio acerca del grado de certidumbre que debe tener el juez (o, en su caso el árbitro) acerca de la producción del daño, aunque pueda ser un daño futuro, para que el mismo sea resarcible. Este hecho no debe conducir a la exigencia de una absoluta seguridad sobre la producción del daño: basta un grado razonable de certidumbre, como afirma el art. 7.4.3 [1] Principios UNIDROIT»⁵⁹.

⁵⁶ Al respecto, entre otros, OLIVA BLÁZQUEZ, F., indica que «la lógica más elemental dicta que la acción indemnizatoria (por daños y perjuicios) únicamente puede prosperar cuando se pruebe la existencia del daño», «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio...», *op. cit.*, p. 621; PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*, Volumen II. Derecho de obligaciones, contratos y cuasicontratos y obligaciones derivadas de actos ilícitos, Tercera edición, actualizada y revisada por Carles J. Maluquer de Motes i Bernat Bosch, Barcelona, 1997, p. 663: «La reparación tiene la finalidad de que desaparezcan, en la medida de lo posible, los daños y perjuicios por el perjudicado. Por ello, la prueba de los daños es indispensable».

⁵⁷ Sobre el daño en el Derecho Comunitario, señala VAQUER ALOY, A., que «presupuesto esencial de la indemnizabilidad del daño es que sea cierto y real. Para describir este presupuesto, el Tribunal de Justicia recurre a una serie de expresiones similares: la «existencia real del perjuicio», «la realidad del perjuicio», «la realidad del daño», «el daño realmente sufrido», «la realidad de un perjuicio cierto», un «perjuicio real y cierto», un «un perjuicio actual y real»», «El concepto de daño en el derecho comunitario», en AA. VV., *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo II, (coord. por Eugenio Llamas Pombo), ed. La Ley, Madrid, 2006, pp. 874 y 875.

⁵⁸ Sobre la importancia de la certeza del daño, señala NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, p. 51, que «el daño eventual o hipotético no puede ser objeto de reparación, porque en tal caso se estaría, por un lado, enriqueciendo injustamente a la supuesta víctima, en cuanto que no es seguro que ésta haya experimentado pérdida alguna ni que la vaya a experimentar en el futuro, y, por otro lado, se estaría haciendo soportar al presunto responsable consecuencias que, al menos hasta ese momento, no se han derivado concluyentemente de su conducta».

⁵⁹ NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento...», *op. cit.*, p. 1242.

Lo que sin duda queda resuelto en los PECL, es que sin daños no se puede ejercitar el remedio indemnizatorio, estableciendo expresamente en el comentario del artículo 9:501, que «permite que la parte perjudicada reciba una indemnización por daños y perjuicios siempre que haya sufrido pérdidas como consecuencia del incumplimiento injustificado de la otra parte. Esta sección no se ocupa de los daños que no sean relevantes cuando el incumplimiento no haya ocasionado pérdidas a la parte perjudicada»⁶⁰. Ello es reiterado en las Notas de Derecho comparado del mismo artículo⁶¹, donde se indica que «es común a todos los ordenamientos de los países de la Unión europea otorgar indemnización por daños y perjuicios sólo cuando la parte perjudicada ha sufrido pérdidas como consecuencia del incumplimiento del contrato; dicha indemnización se calcula en función de las pérdidas. Esta regla se aplica a las pérdidas pecuniarias y a las no pecuniarias. Tal vez la única excepción la constituye el *Common Law*, que en los casos de incumplimiento imputable (*breach*), admite la indemnización por los daños de poca importancia, aun cuando la parte perjudicada no haya sufrido pérdidas»⁶².

Por tanto, el remedio indemnizatorio no sólo requiere que el acreedor insatisfecho pruebe la existencia del incumplimiento injustificado, sino que también tendrá que probar la realidad de los daños.

Ante el vacío de regulación sobre el grado de certidumbre del daño, lo cual podría obedecer a que los PECL lo considere una cuestión netamente procesal, dejando a la regulación de las normas adjetivas de cada Estado de la

⁶⁰ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 639.

⁶¹ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 642.

⁶² La exigencia de la existencia de pérdidas para el ejercicio del remedio indemnizatorio en los PECL, la relaciona OLIVA BLÁZQUEZ, F., con la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, afirmando que «una reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo confirma esta conclusión cuando establece que la indemnización por el incumplimiento total o parcial de las obligaciones derivadas del contrato *requiere la constancia de la existencia de los daños y perjuicios y la prueba de los mismos* (Sentencias de 24 de septiembre 1994, 6 de abril 1995 (RJ 1995,3416), de 22 de octubre 1996 (RJ 1996, 7510) y 13 de mayo 1997 (RJ 1997,3842) y 24 de mayo 1999 (RJ 1999,4056)», «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio...», *op. cit.*, p. 621.

Unión Europea, estimo que puede resultar clarificador acudir a las normativa de la CISG y de los PICC.

El artículo 74 de la CISG dispone que *«la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esta indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato»*. La CISG, de forma especular a los PECL, guarda silencio respecto a la certeza del daño.

Por el contrario, los PICC sí han tenido presente expresamente la cuestión de la certeza del daño. Así, el artículo 7.4.3. intitulado *Certeza del daño*, dispone que: *«(1) La compensación sólo se debe por el daño, incluyendo el daño futuro, que pueda establecerse con un grado razonable de certeza. (2) La compensación puede deberse por la pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad de que acontezca. (3) Cuando la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios no puede establecerse con suficiente grado de certeza, queda a discreción del tribunal fijar el monto del resarcimiento»*. Este precepto, por tanto, consagra el principio de la certeza del daño de forma expresa.

Lo anterior nos suscita la siguiente duda: ¿el grado razonable de certeza será exigible respecto a todos los tipos de daños, presentes y futuros, o sólo respecto del daño futuro?⁶³.

⁶³ Por la primera opción parece haberse inclinado NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento...», *op. cit.*, p. 1242, al afirmar que «este hecho no debe conducir a la exigencia de una absoluta seguridad sobre la producción del daño: basta un grado razonable de certidumbre, como afirma el art. 7.4.3 [1] Principios UNIDROIT».

Si acudimos al comentario oficial al precepto aludido, en los PICC se establece que *«confirma el conocido principio de certeza del daño, ya que no es posible solicitar a la parte incumplidora que repare un perjuicio que no se ha producido y que posiblemente nunca suceda. El párrafo (1) también autoriza la compensación del daño futuro, esto es, cuando el daño no se ha verificado, pero es muy probable que se realice»*.

¿Podría concluirse que la exigencia de la certeza razonable del daño es predicable tanto de los daños presentes como de los futuros? Considero que no. Cuando se hace referencia al grado razonable de certeza, se hace en relación sólo de los futuros⁶⁴, dejando fuera de dicha razonabilidad a los daños presentes, exigiéndose para los mismos la absoluta certeza.

A favor de dicha exclusión, se puede argumentar que el tenor literal del comentario oficial, a saber: *«el párrafo (1) también autoriza la compensación del daño futuro, esto es, cuando el daño no se ha verificado, pero es muy probable que se realice»*, alude al daño que aún no se ha producido, que no ha sido verificado, es decir, daño que no es real ni cierto, pero que puede o no acontecer en un futuro. Es a éste al que se exige un grado de certeza razonable; lo contrario equivaldría a situar a la parte agraviada ante una certeza absoluta, lo que conllevaría a una prueba diabólica, que considero no debe ser lo deseado ni tutelado por ningún sistema normativo. Ahora bien, este grado razonable de certeza en ningún modo puede llevarnos a la conclusión de ser atribuible a los daños presentes. El daño presente, empleando a *sensu contrario* lo dispuesto en el comentario, es un daño verificado, es un daño en acto, y, por tanto, su tratamiento debe discurrir por unos cauces distintos de los potenciales daños futuros.

Expuesto lo anterior, y las conclusiones a las que hemos llegado, procede plantearnos otro interrogante: ¿Se pueden aplicar los mismos criterios sobre la certeza del daño de los PICC a la CISG y a los PECL? Respecto a una

⁶⁴ La misma solución ha adoptado el párrafo segundo del artículo III-3:701 del DCFR al disponer expresamente que: *«the loss for which damages are recoverable includes future loss which is reasonably likely to occur»*.

posible interpretación del artículo 74 de la CISG a la luz de lo previsto en el artículo 7.4.3 de los PICC, se ha pronunciado de forma afirmativa CHENGWEI, sosteniendo que «the requirement of foreseeability must be seen in conjunction with that of certainty of harm. Such an interpretation is strengthened by the interpretation of Art. 7.4.3. UPICC: It is submitted that article 7.4.3 of the UNIDROIT Principles may be helpful in interpreting article 74 CISG and to fill the apparent gap which exists. The UNIDROIT Principles clearly accept the principle that the defaulting party is liable for future damages and provide a practical, reasonable and equitable approach for the determination of such damages»⁶⁵.

Por lo que respecta a los PECL, consideramos que no existe ningún argumento en contra de la interpretación del artículo 9:501 en el mismo sentido del artículo 7.4.3 de los PICC, que, como se ha dicho, también resulta predicable del artículo 74 de la CISG.

Por ello, a las pérdidas presentes se les exigirá una certeza mayor que a las futuras. El mismo inciso final del artículo 9:501 dispone que serán indemnizables las que se produzcan de forma «*previsible y razonablemente*». Así, el acreedor sólo podrá exigir al deudor las pérdidas presentes que sean ciertas y reales, y, por contra, las probables o futuras, sólo cuando exista un razonable grado de certeza. En consecuencia, no se podrá reclamar la indemnización de las pérdidas que no se hayan verificado y que probablemente nunca lo serán⁶⁶.

⁶⁵ CHENGWEI, L., «Remedies for Non-performance...», *op. cit.*, pp. 15 y 16. En el mismo sentido en la doctrina española VIGURI PEREA, A., *Los Contratos Comerciales Internacionales: análisis de la compraventa desde la perspectiva del Derecho Comparado (Derecho español, Derecho norteamericano, Principios Unidroit y Convenio de Viena)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007, p. 230.

⁶⁶ Similares términos se encuentran en el comentario del artículo III-3:701 del DCFR al disponer que: «*the loss recoverable by the creditor includes future loss, that is, loss expected to be incurred after the time damages are assessed. This requires the court to evaluate two uncertainties, namely the likelihood that future loss will occur and its amount. As in the case of accrued loss before judgment this covers both prospective expenditure which would have been avoided but for the non-performance and gains which the creditor could reasonably have been expected to make if the non-performance had not occurred. Future loss often takes the form of*

Continúa CHENGWEI⁶⁷ reflexionando sobre la certeza del daño, estableciendo una no menos interesante distinción entre lo que sería la certeza respecto a la existencia del daño, en sí mismo considerado, y la certeza del daño en cuanto a su extensión. Puede ocurrir que, una vez producido el incumplimiento, no exista duda sobre la realidad y existencia del daño, pero sí resulte más compleja su cuantificación. En favor de la indemnización de esas pérdidas ciertas y reales, pero de difícil cuantificación, es decir, inciertas en cuanto a su cuantificación, se pronuncia el parágrafo 3 del artículo 7.4.3 de los PICC, el cual atribuye al órgano juzgador, antes que rechazar su indemnización o establecer cuantías meramente simbólicas, la facultad de valorarlas de una forma equitativa. Por tanto el *test* de certeza puede actuar de dos formas en la cuantificación de los daños; de un lado, donde los daños sean ciertos en cuanto a su existencia y cuantía, el tribunal se limitará a condenar el pago de los mismos; de otro, cuando los daños sean ciertos en su existencia pero con la cuantía indeterminada, el tribunal «has a discretion in assessing the amount»⁶⁸.

Directamente conectada con la cuestión de la certeza del daño, se encuentra su prueba. Para que la parte acreedora pueda ejercitar el remedio indemnizatorio, es necesario que se le haya ocasionado un daño que sea cierto y real o previsible y razonable en el supuesto de las pérdidas futuras, por lo que la prueba de los mismos constituye un presupuesto ineludible para su indemnización. Por tanto, la parte acreedora tendrá que probar no sólo que se ha producido el incumplimiento injustificado del contrato, sino también deberá probar el daño⁶⁹.

the loss of a chance», STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and...*, *op. cit.*, p. 918.

⁶⁷ CHENGWEI, L., «Remedies for Non-performance...», *op. cit.*, p. 16.

⁶⁸ CHENGWEI, L., «Remedies for Non-performance...», *op. cit.*, p. 16.

⁶⁹ A diferencia de los PECL, que no hacen referencia a la prueba de los daños, los PETL, sí contienen expresamente una referencia en su artículo 2:105: «*El daño debe probarse de acuerdo con los criterios procesales ordinarios. El tribunal podrá estimar la cuantía del daño cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa*».

Por lo que respecta al Derecho español, también corresponde al acreedor probar la existencia de los daños que le ha ocasionado el incumplimiento. Si bien el Código civil no contiene ningún pronunciamiento expreso respecto de la prueba de los daños, ello derivaba del artículo 1214 relativo a la distribución de la carga de la prueba: *«Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone»*. Este artículo ha sido derogado por la promulgación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE número 311, de 29 de diciembre), que, al regular la carga de la prueba en el artículo 217 párrafo segundo, dispone que *«corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención»*.

2.5.2. El daño *in re ipsa*

Sobre la existencia y prueba de los daños, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha venido afirmando de manera prácticamente unánime que la indemnización de los daños y perjuicios exige la prueba de su realidad, y que el mero incumplimiento del contrato no genera por sí sólo la obligación de indemnizarlos. Sirva como botón de muestra la sentencia de 13 de mayo de 1997: *«la indemnización de daños y perjuicios, a que se refiere la normativa contenida en el artículo 1101 del Código Civil, no va ineludiblemente ligada o es consecuencia necesaria del incumplimiento o del cumplimiento anormal del contrato, siendo preciso demostrar la existencia real y efectiva de aquellos para que dicha obligación indemnizatoria pueda ser exigible»*⁷⁰. El Tribunal

⁷⁰ STS de 13 de mayo de 1997, ponente D. Francisco Morales Morales (RJ 1997, 3842). En el mismo sentido, entre otras muchas, *vid.*, de 5 de julio de 1980, ponente D. Jaime De Castro García (RJ 1980, 3085): *«no cabe olvidar que el incumplimiento no entraña necesariamente la producción de un daño, cuya realidad y cuantía han de ser demostradas»*; de 20 de abril de 1981, ponente D. Jaime De Castro García (RJ 1981, 1659): *«no todo incumplimiento contractual lleva aparejada la obligación de indemnizar daños y perjuicios, cuya realidad ha de probar el accionante»*; de 6 de julio de 1983, ponente D. Antonio Fernández Rodríguez (RJ 1983, 4073): *«la obligación de indemnizar daños y perjuicios no es consecuencia necesaria del mero incumplimiento que se atribuya a uno de los contratantes,*

Supremo, respecto a que la prueba del incumplimiento no genera de forma automática la obligación de indemnizar, recurre a expresiones similares: «el incumplimiento no entraña necesariamente la producción de un daño», «no todo incumplimiento contractual lleva aparejada la obligación de indemnizar daños y perjuicios», «la obligación de indemnizar daños y perjuicios no es consecuencia necesaria del mero incumplimiento», «la indemnización de daños y perjuicios... no va ineludiblemente ligada o es consecuencia necesaria del

sino que para que nazca y sea exigible, con posibilidad de acogida en casación, se demuestre y reconozca la realidad de haberse producido aquellos, correspondiendo esa apreciación al juzgador de instancia, sin que pueda derivarse de supuestos tan sólo posibles»; de 8 de octubre de 1984, ponente D. Antonio Sánchez Jauregui (RJ 1984, 4761): «la indemnización de daños y perjuicios, a que se refiere la preceptiva contenida en el artículo mil ciento uno del Código civil, no va ineludiblemente ligada o es consecuencia necesaria del incumplimiento contractual, siendo preciso demostrar la existencia real de aquéllos para que dicha obligación nazca y sea exigible, correspondiendo la apreciación de su certeza al juzgador de instancia, sin que pueda derivarse la misma de supuestos meramente posibles, pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, no pudiendo, de otra parte, condenarse al pago de indemnización diferiendo para ejecución de sentencia el hecho incierto de que los perjuicios lleguen a tener realidad, pues el condenar a eso hay que hacerlo sobre la base de su efectividad acreditada»; de 4 de octubre de 1994, ponente D. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 1994, 7447): «no hay infracción del artículo del Código Civil, no sólo porque no ha existido ninguna incumplida, sino porque no se han acreditado los daños y perjuicios reclamados, aunque hubiese existido aquel incumplimiento»; de 6 de abril de 1995, ponente D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 1995, 3416): «la recta doctrina de las consecuencias indemnizatorias derivadas del artículo 1124, en relación con los presupuestos causantes del artículo 1101 CC, que en todo caso, siempre quedarán supeditadas a que, efectivamente y realmente, se hayan producido tales daños y perjuicios, por lo que no es posible entender, que por un incumplimiento o desistimiento sin más, se generen en una suerte de automatismo ineludible, esas consecuencias indemnizatorias, sobre todo, cuando, se reitera de forma taxativa, se especifica por la Sala, que tales daños y perjuicios no se han producido»; de 8 de febrero de 1996, ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1996, 1345): «no basta para que exista daño probar el incumplimiento de una obligación, porque este incumplimiento por sí sólo no lleva consigo en todo caso la producción de daños, que han de ser probados»; de 19 de noviembre de 1996, ponente D. Francisco Morales Morales (RJ 1996, 7923), «toda indemnización de daños y perjuicios exige ineludiblemente que se pruebe plenamente la existencia y realidad de los mismos y en el presente supuesto litigioso no se considera probado adecuadamente que los actores hayan sufrido daños o perjuicios»; y de 24 de mayo de 1999, ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 1999, 4056): «en la sentencia de instancia se afirma que no se han probado los daños y perjuicios cuya indemnización pretende la parte recurrente (demandante reconvencional) y la jurisprudencia es reiterada en la doctrina de que la indemnización por el incumplimiento total o parcial de las obligaciones derivadas del contrato requiera la constancia de la existencia de los daños y perjuicios y la prueba de los mismos». Sin ser ajenos a otras sentencias, en las que como afirma, entre otros, LLAMAS POMBO, E., «Comentario a los artículos 1.096...», *op. cit.*, p. 1812 «al TS aparentemente le basta con el incumplimiento para determinar la obligación de indemnizar, como si dicha contravención del contrato constituyese en sí misma un daño. Pero en tales casos lo que sucede, más bien, es que cabe aplicar el principio *res ipsa loquitur*, por lo que del incumplimiento se deduce la existencia del daño, aunque no se hace verdadera abstracción de éste».

incumplimiento contractual», «no es posible entender que por un incumplimiento o desistimiento sin más, se generen, en una suerte de automatismo ineludible, esas consecuencias indemnizatorias», el «incumplimiento por sí sólo no lleva consigo en todo caso la producción de daños». Acerca de la certeza del daño y su prueba, emplea las expresiones: la «realidad y cuantía han de ser demostrados», «siendo preciso demostrar la existencia real de aquéllos», «cuya realidad ha de probar el accionante», «efectivamente y realmente se hayan producido tales daños y perjuicios», «no se han probado los daños y perjuicios cuya indemnización pretende la parte recurrente» se requiere «la constancia de la existencia de los daños y perjuicios y la prueba de los mismos».

De la citada doctrina jurisprudencial se extraen claramente tres principios que, por su orden cronológico, son: no todo incumplimiento genera necesariamente la producción de daños; los daños nunca se presumen, sino que deben ser ciertos, reales; y, que tanto el incumplimiento como los daños deben ser siempre probados por el acreedor que los padece⁷¹.

De lo expuesto, *a priori*, no parece derivarse ninguna contradicción respecto a lo establecido en los PECL, por lo que en ambos sistemas normativos se requiere un incumplimiento, que existan daños, y que tanto uno como otro sean probados.

No podemos ser ajenos a que, en contadas ocasiones, el Tribunal Supremo ha argumentado, para otorgar algunas indemnizaciones, que el incumplimiento es por sí solo determinante de daños y perjuicios, de forma que se exonera a la parte demandante de la prueba de los mismos. Se da el fenómeno de los daños indemnizables *in re ipsa*, por aplicación del principio *res ipsa loquitur* -la cosa habla por sí sola-, es decir, de la existencia del

⁷¹ Sobre tales extremos, entre otros, *vid.*: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, *op. cit.*, pp. 793 y 794; LACRUZ BERDEJO, J.L., ET ALII, *Elementos de Derecho Civil II...*, *op. cit.*, p. 208; LLAMAS POMBO, E., «Comentario a los artículos 1.096...», *op. cit.*, p. 1826; SÁNCHEZ ARISTI, R., «Comentario a los artículos 1.101...», *op. cit.*, p.1279; OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Comentario a la Sentencia de 7...», *op. cit.*, p. 621.

incumplimiento se hace derivar la existencia de daños, sin necesidad de que los mismos sean probados⁷²; como señala OLIVA BLÁZQUEZ, nos encontraríamos ante «incumplimientos que constituyen per se un daño o perjuicio»⁷³.

Acerca de los incumplimientos que por sí solo generan la obligación de indemnizar los daños sin la prueba de los mismos, el profesor Díez-PICAZO se plantea la cuestión de que «lo que no es posible saber es por dónde corre la línea divisoria entre los casos en que debe aplicarse la regla general -carga de la prueba del daño que pesa sobre el demandante- y los casos en que el rigor de la carga de la prueba se suaviza y el daño es consecuencia natural e inevitable del incumplimiento»⁷⁴.

Si bien es cierto que algunas sentencias ya habían admitido tímidamente la doctrina del daño *in re ipsa*, así las de 20 de diciembre de 1979⁷⁵ y de 20 de octubre de 1982⁷⁶, no lo es menos, que no fue hasta la sentencia de 27 de junio de 1984, donde se recoge de forma clara que el incumplimiento por sí mismo puede ser determinante de la existencia de daños y perjuicios sin más prueba que la del incumplimiento. En la misma se establece que «si bien es cierta la constante cita y aplicación (no siempre adecuada) de la doctrina antes

⁷² En el mismo sentido, LLAMAS POMBO, E., «Comentario a los artículos 1.096...», *op. cit.*, p. 1813.

⁷³ OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Comentario a la Sentencia de 7...», *op. cit.*, p. 622.

⁷⁴ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, *op. cit.*, p. 794.

⁷⁵ STS de 20 de diciembre de 1979, ponente D. Antonio Sánchez Jauregui (RJ 1979, 4446): «la mora del vendedor en el cumplimiento de su obligación de entregar las viviendas enajenadas en la fecha en que debió efectuarlo, privó a los compradores del disfrute que de las mismas les correspondía por imperativo de lo preceptuado en el art. 1468 del C. Civ., disfrute que bien se exterioriza haciendo de ellas sus moradas, o bien mediante la percepción del precio cierto que reportaría su arrendamiento, tiene un contenido económico pecuniariamente evaluable cuya acusada privación a los compradores es determinante de una lesión patrimonial de tan notoria realidad que le releva de toda otra prueba».

⁷⁶ STS de 20 de octubre de 1982, ponente D. Antonio Sánchez Jauregui (RJ 1979, 4446): «el propietario de las obras experimentó unos perjuicios derivados de un retraso en la recepción definitiva de las obras, consecuencia a su vez de unos manifestos y probados desperfectos «imputables a la entidad constructora» actual recurrente».

aludida, incluso con el mero y simple alegato de su fórmula estereotipada («el solo incumplimiento no genera el deber de indemnizar»), más lo es que en buena técnica de realización del Derecho ha de matizarse el encaje de los hechos en esa abstracta formulación en exceso generalizada y, con la vista puesta en casos decididos a su amparo, determinar su auténtico alcance y sentido circunstancial, no otro que el de evitar un injusto provecho en el contratante al socaire del incumplimiento del otro que no haya producido real y efectivo perjuicio o daño, en especial -y muchas de las sentencias que al efecto sientan la doctrina lo precisan así- el de negar el resarcimiento de los perjuicios o ventajas dejadas de obtener con el incumplimiento, meramente contingentes o de puras expectativas no contrastadas, o bien, en los casos de petición conjunta del cumplimiento específico e indemnización, acceder sólo a lo primero, negando lo segundo por entender que la satisfacción del acreedor contratante ya ha de considerarse satisfecha, sin aumentar el resarcimiento o restauración del derecho con repercusión económica de perjuicios no acreditados, lo cual, en definitiva, no excluye la idea de que el incumplimiento (impago de una renta, de un precio, de un hacer o prestar un servicio, una gestión, por ejemplo) no constituya «per se» un perjuicio, un daño, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato opera en el vacío y que sus vicisitudes, en concreto las contravenciones de las partes, no habrán de tener ninguna repercusión, contradiciendo así, además, la realidad normativa de la fuerza vinculante del contrato y de sus consecuencias, perfectamente señaladas en el art. 1258 del C. Civ. Al decir que el contrato obliga «no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley»; lo que evidencia que la falta de prestación no ha de quedar impune por constituir «in re ipsa» el propio daño o perjuicio, en cuanto frustración factiblemente valorable, sin más prueba que la propia omisión, naturalmente según casos y circunstancias, a lo que la propia jurisprudencia citada como restrictiva da pie al decir «que no siempre» el incumplimiento produce el deber de resarcir»⁷⁷.

La doctrina sentada por esta sentencia, y por otras posteriores, además de no parecer convincente, encierra algunas contradicciones internas. Reafirma el principio general de que el solo incumplimiento no genera el deber de indemnizar, y ello con la intención de evitar que la parte que sufre el incumplimiento obtenga una ganancia más allá del daño efectivamente producido, y con ello que los perjudicados vean en el incumplimiento una suerte de negocio ventajoso; por lo que sólo habrá indemnización hasta el límite de los daños ciertos y probados. Posteriormente, la jurisprudencia, tal vez influenciada por la consideración de haber sido demasiado rigurosa en la apreciación de la prueba, parece dar marcha atrás en determinados supuestos de incumplimiento, en los que considera que la mera omisión de la prestación merece comportar una tipo de sanción económica para el deudor⁷⁸. De ahí, que afirme que el hecho de que los daños no sean acreditados, no significa que el incumplimiento no constituya en sí mismo un daño, sin más prueba que la de la mera omisión. En el fondo, de esta residual doctrina jurisprudencial late, como afirma SÁNCHEZ ARISTI⁷⁹, «el criterio... de que una infracción obligacional no puede quedar impune, en la medida en que implica una contravención de la fuerza vinculante de los contratos». En la sentencia se otorga una indemnización de daños y perjuicios a un letrado, por los daños morales no

⁷⁷ STS de 9 de mayo de 1984, ponente D. Carlos De la Vega Benayas (RJ 1984, 2403). En el mismo sentido las STS: de 27 de junio de 1984 (RJ 1984, 3438), ponente D. Rafael Pérez Gimeno (RJ 1984, 3438); de 5 de junio de 1985, ponente D. José María Gómez de la Bárcena y López (RJ 1985, 3094); de 24 de septiembre de 1986, ponente D. Mariano Martín-Granizo Fernández (RJ 1986, 4786); de 30 de septiembre de 1989, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 1989, 6393); de 15 de junio de 1992, ponente D. Eduardo Fernández-Cid De Temes (RJ 1992, 5136); de 3 de junio de 1993, ponente Don Eduardo Fernández-Cid De Temes (RJ 1993, 4383); de 22 de octubre de 1993, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1993, 7762); de 18 de diciembre de 1995, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1995, 9149); de 20 de julio de 1998, ponente D. Román García Varela (RJ 1998, 6126); de 16 de marzo 1999, ponente D. Román García Varela (RJ 1999, 1675).

⁷⁸ En este sentido, LACRUZ BERDEJO, J.L., ET ALII, señalan que «la Jurisprudencia se mostró, de ordinario, muy exigente en la indemnización y prueba del daño y parsimoniosa, en general, en fijar indemnización, sobre todo cuando se reclamaba lucro cesante...Que no hay obligación de indemnizar si no se ha producido daño es un principio sin duda correcto, pero la propia jurisprudencia parece reconocer que había llevado demasiado lejos la exigencia de su prueba», *Elementos de Derecho Civil II...*, op. cit., p. 208.

⁷⁹ SÁNCHEZ ARISTI, R., «Comentario a los artículos 1.101...», op. cit., p.1279.

probados, como consecuencia de que desde el año 1960 venía anunciándose en letra negrilla su nombre y apellidos, su condición de letrado, dirección y número de teléfono en la guía telefónica de la provincia de Lérida, y tales datos fueron omitidos en la guía telefónica del año 1977. Haciendo abstracción del innegable mérito que la sentencia tiene por lo que respecta a la consagración de la indemnización de los daños morales en los supuestos de responsabilidad contractual, lo que sin duda no me parece aceptable es que el Tribunal Supremo concediera una indemnización al letrado, por una incierta y no probada pérdida de clientela, basándose en el mero hecho del incumplimiento. Cuestión distinta hubiera sido que el letrado hubiera probado que desde que insertó la publicidad en la guía telefónica en el año 1960, su bufete hubiera experimentado un notable aumento de clientela, no sólo de su propio barrio o ciudad, sino también de toda la provincia, lo que le hubiera reportado mayores emolumentos económicos y el aumento de su prestigio profesional, sino también realizar una importante inversión en la modernización de su instalaciones y en la contratación de más abogados y personal de administración y secretaría; y que, como consecuencia de la omisión de sus datos en la guía de 1977, no pudo captar más clientela y la mucha que tenía se fue desvaneciendo, al considerar que la ausencia de sus datos en la guía podía ser consecuencia de haber dejado el ejercicio de la abogacía o haber fallecido. Si tales hechos se hubieran demostrado, no cabe duda de que el letrado hubiera tenido derecho además de al daño moral, que es la conquista de esta sentencia, a la indemnización del lucro cesante como consecuencia de la pérdida de clientela⁸⁰.

⁸⁰ En el mismo sentido del razonamiento expuesto, SOLER PRESAS, A., pone un claro ejemplo en el Derecho inglés, el del caso «*Marcus v. Myers* [(1895) 11 TLR], donde precedentemente se resarcó una pérdida de este tipo. El demandante, sastre de señoras, convencido por el éxito que unos previos anuncios de su negocio en el periódico de mayor difusión entre la comunidad judía había tenido, concertó con los demandados un nuevo contrato en cuya virtud estaban obligados a insertar su anuncio en primera página durante las 52 semanas siguientes. Esta publicidad resultaba esencial para el negocio del demandante pues, al carecer de escaparate, difícilmente podía lograr nueva clientela. Los demandados incumplieron el contrato, notándose a raíz de la omisión del anuncio un empeoramiento del negocio del actor, que no logró una sola cliente nueva. A falta de otra explicación convincente de este descenso de la clientela, estimó el Tribunal que había base suficiente para que el jurado cifrara una indemnización por la ganancia dejada de obtener», *La Valoración del...*, op. cit., p. 21.

El Tribunal Supremo, siendo consciente de los peligros que entraña la doctrina de la indemnización del daño *in re ipsa*, con posterioridad a la sentencia de 9 de mayo de 1984, ha seguido manteniendo, en sentencias posteriores, el principio general de que el incumplimiento por sí sólo no genera el deber de indemnizar⁸¹.

No compartimos la doctrina, por muy reprobable que pueda parecer el incumplimiento de un contrato, y ello por considerar que la imposibilidad de la prueba de los daños no debe abrir la peligrosa e insegura vía de considerar aplicable en nuestro Derecho los daños meramente simbólicos o especulativos del *Common Law*, los *nominal damages*, y mucho menos la de atribuir a la indemnización de daños un carácter preventivo-punitivo. En nuestro Derecho no tienen cabida ni los *punitive damages* ni los *exemplary damages*; el remedio resarcitorio no persigue castigar al sujeto incumplidor, sino compensar económicamente al que sufre los daños mediante una indemnización acorde con los perjuicios⁸². No podemos ser ajenos tampoco a las posibles situaciones de enriquecimiento injustificado que podrían darse, al obtenerse una indemnización por unos daños que no han sido probados⁸³.

⁸¹ Así las SSTs de 17 de septiembre de 1987, ponente D. Ramón López Vilas (RJ 1987, 6063); de 7 de mayo de 1991, ponente D. Jaime Santos Briz (RJ 1991, 3584); de 6 de abril de 1995, ponente D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 1995, 3416); y 8 de febrero de 1996, ponente D. Eduardo Fernández Cid de Temes (RJ 1996, 1345).

⁸² En el mismo sentido, Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 370, en relación a la STS ya citada, de fecha 30 de septiembre de 1989, afirman que «el razonamiento de esta sentencia no es convincente. El que el incumplimiento de un contrato sea un acto reprobable, desde el punto de vista jurídico, no significa que puedan fijarse indemnizaciones, que no sean meramente simbólicas, sin una adecuada prueba del daño causado. Esto atribuiría a la indemnización una función punitiva» y OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008...», *op. cit.*, p. 622, «esta doctrina debe rechazarse en cuanto que, amén de que un argumento finalista como el que acabamos de transcribir no puede compartirse por el peligro fáctico que supone, carece de anclajes legales justificativos en nuestro ordenamiento jurídico y podría conducirnos a aceptar la aplicabilidad de la figura de los *punitives damages*».

⁸³ A favor de la indemnización del daño *in re ipsa* entre otros: CAPILLA RONCERO, F., *La Responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 106 y 107; MONTÉS PENADÉS, V.L., «La defensa del derecho de crédito», en AA. VV., *Derecho de obligaciones y contratos*, (coordinado por Valpuesta Fernández), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2ª edición, p. 232, sostiene que «aunque la jurisprudencia ha dicho muchas veces que el mero incumplimiento no implica, por

Por último, cabría hacerse las siguientes preguntas: ¿Constituyen siempre todos los supuestos de incumplimiento contractual un daño por el mero hecho de la omisión? ¿Siempre que haya una falta de cumplimiento en cualquiera de sus manifestaciones se perjudica al acreedor? Pensemos en el supuesto de un vendedor de oro que el día 1 de febrero celebra un contrato de compraventa en virtud del cual habrá de entregar el día 1 de julio 100 kilos de oro a razón de 1000 euros el kilo. El día pactado para la entrega, el comprador manifiesta al vendedor que, por unos problemas de liquidez de su negocio, no tiene recursos económicos suficientes para hacer frente al pago del precio estipulado. Podría ocurrir que, ante tal incumplimiento, el vendedor acuda al mercado para realizar una operación de reemplazo y, para sorpresa suya, observe que el precio del oro en los seis meses que han transcurrido desde que celebró el contrato ha experimentado un fuerte incremento y lo puede vender sin mayores dificultades al precio de 1100 euros el kilo. ¿Le ha ocasionado el incumplimiento al vendedor un perjuicio? O por el contrario, ¿le ha beneficiado al poder obtener una mayor ganancia que la esperada?⁸⁴

2.5.3. *Aestimatio rei* y sistema de responsabilidad civil

En el fondo de la discusión sobre la doctrina del daño *in re ipsa*, late la distinción de si nuestro Ordenamiento jurídico contempla dos regímenes distintos de la obligación de indemnizar o no. Es decir, si concurren en nuestro Derecho un régimen de responsabilidad específico para la prestación debida cuyo cumplimiento forzoso no es posible y que, por tanto, se traduce en la

sí, la existencia de daño, no faltan sentencias en que se indique que el incumplimiento constituye siempre un perjuicio o daño por razón de la fuerza vinculante de la misma obligación (SSTS 30 septiembre 1989, 5 de junio 1985, etc). Y esta doctrina es la correcta, ya que al menos la mera omisión de la prestación implica el daño en la medida del valor de la prestación *propter rem ipsam non habitam*».

⁸⁴ En el mismo sentido, Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., sostienen que «hay que tener en cuenta, además, que el incumplimiento no siempre produce un daño al acreedor; hay incumplimientos que lejos de perjudicarle le benefician, porque han mejorado para él las condiciones del mercado», *op. cit.*, p. 371 y OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008...», *op. cit.*, p. 622, «¿quién dice que todo incumplimiento constituye siempre un daño *per se*?».

indemnización o prestación por el equivalente pecuniario, dejando siempre a salvo los supuestos de imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputables al deudor, y otro sistema de responsabilidad, que podríamos denominar general, para resarcir los daños ulteriores producidos por el incumplimiento. O, si por el contrario, existe un único régimen de la obligación de indemnizar, en el que el valor de la prestación o *aestimatio rei* sería la primera partida a indemnizar junto con los ulteriores daños que el incumplimiento pudiera haber provocado en la esfera de intereses del acreedor.

Tradicionalmente se ha sostenido que en nuestro Ordenamiento concurren dos sistemas de responsabilidad en el sentido tradicional de la expresión, en referencia a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios producidos por el incumplimiento⁸⁵. El primero haría referencia a la responsabilidad por la prestación incumplida, ya que no siendo posible su cumplimiento específico, ya sea por la entrega o realización de la prestación por un tercero o por la puesta a disposición del acreedor mediante ejecución judicial del objeto de la prestación, la misma se traduciría en la entrega del equivalente pecuniario o *aestimatio rei* de la prestación incumplida. Para ver satisfecho su interés en la prestación, el acreedor sólo tendrá que probar que existía un contrato válidamente celebrado y que el mismo se ha incumplido. Aquí es donde podría tener sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo acogedora del daño *in re ipsa*. No es que se tenga derecho a una indemnización sin ninguna prueba, sino que una correcta interpretación de la jurisprudencia debe realizarse en el sentido de que se tiene derecho a la indemnización por la prestación debida, sin más prueba que la de que el contrato se ha incumplido, porque lo que se reclama es el interés estricto en la prestación incumplida o *aestimatio rei*. En definitiva, se está ejercitando una acción de cumplimiento, no de indemnización de los daños y perjuicios ulteriores, que son los que tienen su anclaje legal en el artículo 1101 del Código civil. Ahora bien, debe quedar claro que no es que exista un daño sin

⁸⁵ Esta es la postura sostenida entre otros por LLAMAS POMBO, E., *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño del acreedor*, Trivium, Madrid, 1999.

prueba, sino que el daño se prueba con el mismo hecho del incumplimiento. Por tanto, la carga de la prueba que incumbe al acreedor tiene un carácter ambivalente, pues la misma pone de manifiesto la existencia del incumplimiento y del daño por la prestación debida y no satisfecha.

Junto con este sistema de responsabilidad, o con mayor precisión, de cumplimiento, concurre la responsabilidad que hemos denominado “general”, por los ulteriores daños y perjuicios o *id quod interest* que la no realización de la prestación ha generado en el acreedor. Será para la indemnización de estos ulteriores daños y perjuicios, para la que se exigirán los requisitos del artículo 1101; esto es, que exista un nexo causal entre los mismos y el incumplimiento, que tales daños sean imputables a la conducta del deudor, que sean ciertos y reales, y que, por tanto, sean probados, por lo que aquí no sería aplicable la doctrina del daño *in re ipsa*. Por tanto, no todo incumplimiento generará por sí mismo daños diferentes del propio interés en la prestación debida⁸⁶. Se dice

⁸⁶ A favor de la dualidad de sistemas de responsabilidad contractual, uno por el equivalente de la prestación debida y otro por los ulteriores daños, PUIG BRUTAU, J., sostiene que «si el contrato perfeccionado obliga a cumplir lo convenido, parece que debería llegarse a la conclusión de que este cumplimiento de la prestación ha de tener lugar con independencia de que medie dolo o culpa por parte del obligado, bastando que no quede excusado por caso fortuito o fuerza mayor (art. 1.105 del Código civil). De lo contrario, cabe formular una pregunta elemental: ¿a qué vincula el contrato *por su sola perfección* si luego, al sobrevenir el incumplimiento, éste, por sí solo, no constituye una base suficiente de la obligación de indemnizar?... Si alguien se ha obligado a entregar un objeto determinado, la entrega de este objeto constituye la prestación que resulta debida en virtud de la perfección del contrato...Pero, además, se tratará igualmente de la satisfacción del mismo interés del acreedor en la prestación debida, tanto si se produce en dicha forma específica como si se realiza a base de poner a su disposición una cantidad que represente el equivalente pecuniario de su interés en la prestación concretamente debida...Si el cerco uniforme de unas mismas palabras o declaraciones generales no encerrara una gran variedad de situaciones concretas, cabría preguntar qué significan aquellas reiteradas afirmaciones de la jurisprudencia de que el mero incumplimiento no significa que sea procedente exigir clase alguna de indemnización. Toda la confusión seguramente deriva de un defectuoso examen de lo que ocurre cuando la falta de cumplimiento específico de la prestación debida no permite su realización forzosa en la misma forma. En este supuesto, la prestación debida queda transformada en la obligación de indemnizar daños y perjuicios, lo cual la dejaba mezclada y confundida *con los demás* daños y perjuicios que tal vez procederá reclamar por la repercusión desfavorable que el incumplimiento haya tenido en el patrimonio del acreedor..., hemos de contemplar cómo dicha prestación debida se convierte en la obligación de indemnizar daños y perjuicios. Y en tal supuesto resulta que esta obligación subsidiaria ya no procede con el automatismo de su predecesora, sino que el Tribunal Supremo exige (en realidad lo exigen o lo pretenden quienes invocan aquella jurisprudencia sin discernir las circunstancias de cada caso) la demostración de la efectiva existencia de daños y perjuicios, la culpa del obligado y la relación de causalidad

ello, sin ser ajenos a que, al final, la parte perjudicada recibirá una suma indemnizatoria, si bien el cauce por el que cada una ha discurrido es diferente.

El rechazo a la existencia de un único sistema de responsabilidad, tiene como base fundamental el criterio de imputación. Sin duda, resultaría muy perjudicial para la parte que sufre el incumplimiento, si el valor de la prestación queda subsumido como una partida indemnizable más, tener que probar la culpabilidad, como negligencia, para ver satisfecho su interés, además de tener que probar el daño causado cuando el mismo se refiere a la prestación debida. No puede tener justificación en nuestro Derecho el hecho de que, si el cumplimiento no puede ser ejecutado en forma específica, por la vía que sea, que al traducirse la prestación debida en una suma pecuniaria, el acreedor tenga que ser compelido a probar la culpa del deudor. Entre la doctrina que aboga por un único sistema de responsabilidad, CAPILLA RONCERO ha querido suavizar la rigurosidad que supondría que el acreedor tenga que probar el daño producido por la propia falta de la prestación debida, argumentando que si bien «parece que la obligación de indemnizar es única y sometida a un único

entre este incumplimiento culpable y la originación de los daños y perjuicios... Es natural que si el acreedor pide el cumplimiento y *además* daños y perjuicios, se exija con cierto rigor la demostración de que el acreedor tiene derecho a percibirlos además de recibir la prestación debida... En otras palabras: es justo que impere un criterio riguroso para estimar procedente la indemnización de los daños y perjuicios que puedan resultar de la repercusión del incumplimiento en el patrimonio del acreedor. Enseña la experiencia que muchas veces el perjudicado por el incumplimiento pretende convertir este inconveniente en un verdadero beneficio mediante una crecida indemnización. Es natural que, para evitarlo, se exija con todo rigor la efectiva demostración de los daños y perjuicios sobrevenidos. Mas, por lo mismo, cabe preguntar por qué debe merecer el mismo trato riguroso, la indemnización que puede ser procedente como equivalente pecuniario de la falta de prestación debida», «Comentario final del traductor», *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, (Traducción y Comentario de Derecho Español por José Puig Brutau de la obra de Fuller y Perdue), Bosch, Barcelona, 1957, pp. 150 a 154. En el mismo sentido, PINTÓ RUIZ, J.J., afirma que «cuando se trata de la prestación específica o su sustitutivo, es ésta exigible en todo caso en virtud de la fuerza vinculante del contrato y de la eficacia directa de la obligación misma; cuando se trata de la indemnización de daños y perjuicios, es preciso que tales daños hayan existido realmente pues no siempre el incumplimiento o la simple mora acarreen (al margen de la prestación misma) daños derivados de la carencia de cumplimiento o de su retardo. Para la procedencia de tal indemnización es necesario: a) la existencia efectiva de un daño; b) el previo incumplimiento culpable o simple retraso; c) una relación de causalidad entre el daño causado y la abstención o actividad culpables (o la simple demora culpable)», «Incumplimiento de las obligaciones», en AA. VV., *Nueva Enciclopedia Jurídica*, (bajo la dirección de Carlos E. Mascareñas y continuada por Buenaventura Pellisé Prats), Tomo XII, ed. Francisco Seix, S.A., Barcelona, 1965, p. 196.

régimen, pudiendo a lo sumo tener relevancia la distinción entre la indemnización del equivalente y los posteriores daños desde el punto de vista de la prueba del daño, mucho más fácil para lo primero (caso de que el incumplimiento en sí ya comporta el daño de la no recepción de la utilidad dimanante del cumplimiento de la obligación) que para lo segundo»⁸⁷.

Por lo que respecta a los PECL cabe plantearnos una serie de cuestiones: ¿Tiene cabida en los mismos la doctrina del daño *in re ipsa*? ¿Existe en ellos un doble sistema de responsabilidad, uno para la prestación debida y otro para los posteriores daños, o por el contrario, existe un único régimen aglutinador de todas las partidas indemnizatorias?⁸⁸

El principal argumento a favor de la existencia de dos sistemas de indemnización de los daños en nuestro Derecho se encuentra en que para la indemnización de la *aestimatio rei* no se exige el requisito de la culpa y para la de los posteriores daños y perjuicios o *id quod interest*, sí. Si, en la actualidad, tanto la CISG, como los PICC y los PECL han prescindido de toda referencia a la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad, instaurando un sistema de responsabilidad objetiva; ello nos lleva a plantearnos que no existe justificación convincente para seguir manteniendo dicha dualidad de sistemas en nuestro Derecho. Sobre todo si se observa que la línea actual de la responsabilidad contractual se ha teñido de un marcado carácter objetivo como criterio de imputación⁸⁹. En tales términos se ha pronunciado Díez-PICAZO al afirmar que «no existe ninguna razón de fondo, una vez que las líneas de objetivación de la responsabilidad se han dibujado para separar el régimen de la *aestimatio rei* del de los restantes daños, ni para pensar que en los

⁸⁷ CAPILLA RONCERO, F., *La Responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, p. 107.

⁸⁸ Tales interrogantes serán objeto de análisis en el epígrafe 4.3.2. “La integración en el concepto de daño indemnizable del valor de la prestación incumplida”.

⁸⁹ Al respecto ha afirmado la COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN CIVIL), *op. cit.*, p. 13, que la PMCC «se inspira en la idea sostenida por Rudolph von Ihering, de que cualquier política de favorecimiento del deudor y del llamado “favor debitoris” no es el mejor de los medios para hacer dinámica una economía. Ello significa que el deudor no se exonera por no haber sido culpable, sino que solo se exonera cuando concurran las justas causas de exoneración».

supuestos en que, según los arts. 1.182-1.184, no se extingue la obligación, ésta no se transforma en la de indemnizar los daños y perjuicios»⁹⁰.

De los artículos 699 y siguientes de la LEC, relativos a la ejecución no dineraria, extrae el profesor MORALES MORENO, en apoyo de la unidad del régimen de la obligación de indemnizar, las siguientes conclusiones que consideramos acertadas: «En primer lugar, es claro que la nueva LEC, en la ejecución de obligaciones (títulos ejecutivos), no limita los daños indemnizables al valor de la prestación no realizada. Cuando la ejecución *in natura* no puede llegar a producirse de acuerdo con el título, admite la transformación de la misma en su equivalente pecuniario; y, además, la indemnización de otros daños que por esa causa se le hayan producido al ejecutante. En segundo lugar, la nueva LEC, aunque aparentemente en esto sea menos clara, tampoco ofrece elementos suficientes como para poder extraer que consagre o refleje la existencia de dos sistemas indemnizatorios separados: uno, referido al equivalente pecuniario de la prestación no realizada y otro, a la indemnización de otros daños. Por un lado, en las disposiciones generales sobre la ejecución no dineraria, separa claramente entre el incumplimiento “en sus propios términos”, conforme a lo que establece el título ejecutivo, para el que, en primer término, se requiere al ejecutado (art. 699 LEC), y las “eventuales indemnizaciones sustitutorias”, globalmente consideradas, para cuya cobertura el ejecutante puede solicitar embargo de bienes (art. 700 II LEC). La referencia a las indemnizaciones sustitutorias incluye, en este lugar, tanto el equivalente del valor de la prestación no realizada en la vía ejecutiva (falta de cumplimiento

⁹⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Las Relaciones Obligatorias*, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1996, p. 681. Si bien ha modificado su tenor literal, pero no el fondo en su última edición de *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, *op. cit.*, p. 781 al establecer que «a nuestro juicio, no existe para mantener ninguna razón de fondo. No hay por consiguiente, más que indemnización, y no se puede separar el régimen de la llamada *aestimatio rei* del de los restantes daños». También se han pronunciado a favor de la unificación en un único sistema de indemnización de la *aestimatio rei* y del *id quod interest* MORALES MORENO, A.M., *La Modernización...*, *op. cit.*, pp. 47 a 49; PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pp. 1019 y ss. y SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, pp. 30 y 31.

del mandato del juez que despacha la ejecución, art. 699 LEC), como otros daños derivados de esta causa»⁹¹.

Por último, debe advertirse en favor de la unidad del sistema de indemnización de daños y perjuicios en nuestro Derecho, que la objetivación de la responsabilidad contractual ha dejado de ser una vieja aspiración de un sector doctrinal para ser una realidad en la PMCC, cuyo artículo 1205 establece que «*el acreedor tiene derecho a ser resarcido de los daños y perjuicios que el incumplimiento le cause*»⁹², sin realizar ningún tipo de referencia a que dicho incumplimiento deba ser culposo. Pero, además, para despejar cualquier tipo de duda, en su artículo 1208 consagra que nos encontramos ante un sistema de responsabilidad de imputación objetiva, al disponer que «*el deudor responde de los daños y perjuicios que sean objetivamente imputables a su incumplimiento; pero si éste no hubiera sido doloso, sólo responderá de los daños que se hubiesen previsto o podido prever razonablemente como consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato*»⁹³. El tenor literal del artículo refleja claramente que los miembros de la Comisión ha tenido muy presente la redacción de los PECL, por lo que estimo que, como ya preconizó el profesor DíEZ-PICAZO, y ahora menos que antes, no existe ninguna razón de fondo para sostener que la *aestimatio rei* no se integre en la indemnización del *id quod interest*.

⁹¹ MORALES MORENO, A.M., *La Modernización...*, *op. cit.*, pp. 47 a 49

⁹² COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN CIVIL), *op. cit.*, p. 35,

⁹³ COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN CIVIL), *op. cit.*, p. 36.

3. EL PRINCIPIO RECTOR DEL CÁLCULO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS: LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO

3.1. *Full damages rule* o reparación integral del daño

Habiendo analizado los presupuestos o requisitos que determinan la relevancia del daño a los efectos del remedio indemnizatorio, procede el análisis del daño como objeto o medida de la obligación indemnizatoria, como aquello que tiene que repararse.

El principio o criterio rector del cálculo de los daños y perjuicios se consagra en los PECL en el artículo 9:502⁹⁴: «*La indemnización por daños y*

⁹⁴ El principio de la reparación integral del daño que inspira la indemnización de daños en los PECL, ya fue consagrado en los textos normativos supranacionales precedentes. Así, el artículo 82 de la ULIS dispone la regla general de que «*cuando el contrato no sea resuelto, los daños y perjuicios por una violación cometida por una de las partes, serán iguales a la pérdida y a la falta de ganancia sufrida por la otra parte*». A la misma regla obedece el artículo 74 de la CISG, que proporciona una norma general aplicable cuando tanto comprador como vendedor en virtud de lo dispuesto en sus artículos 45 y 61, tienen derecho a una indemnización por los daños «*que comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener*». De forma más rotunda y en similares términos al artículo 9:502, el artículo 7.4.2 de los PICC dispone que «*la parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada*». Del principio de reparación integral del daño adoptado por los artículos citados deriva de forma nítida, que «*la filosofía básica de la acción por daños y perjuicios consiste en cobrar a la parte perjudicada en las mismas condiciones económicas en que habría quedado de haberse cumplido el contrato. La referencia explícita al lucro cesante es necesaria porque en algunos sistemas jurídicos el concepto de “pérdida” en si no incluye ese lucro*», COMENTARIOS SOBRE EL PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS, PREPARADOS POR LA SECRETARÍA, <http://www.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/cisg/1.htm1>, p. 21. Sobre la regla general de la reparación integral del daño, contemplada en los precitados artículos, ha señalado OLIVA BLÁZQUEZ, F., que «se ha afirmado que este principio refleja una fuerte influencia de los modelos indemnizatorios recogidos en los países del «common law», donde la disciplina del resarcimiento gira en torno a los «expectations interest» y tiene como finalidad la de colocar a la parte acreedora del cumplimiento en la misma posición en la que se encontraría de no haberse ratificado tal incumplimiento», «Aceptación, contraoferta y modificación del contrato de compraventa internacional a la luz del artículo 8 del Convenio de Viena, la indemnización de daños y perjuicios y el “deber de mitigar” “ex” artículo 77 CISG. Comentario a la STS de 28 de enero 2000 (RJ 2000, 454)», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2000, I, número 5, p. 215. Como no podía ser de otra manera, el DCFR, también ha adoptado el principio de reparación integral del daño en el artículo III-3:702 disponiendo que «*the general measure of damages for loss caused by non-performance of an obligation is such sum as will put the creditor as nearly as possible into the position in which the creditor would have been if the obligation had been duly performed. Such damages cover loss which the creditor has suffered and gain of which the*

*perjuicios consiste en general en un importe que coloque a la parte perjudicada en una posición lo más próxima posible a la que hubiera disfrutado de haberse ejecutado correctamente los términos del contrato. La indemnización por daños comprende las pérdidas efectivamente sufridas por la parte perjudicada y las ganancias que haya dejado de obtener»*⁹⁵. El artículo dispone en su parte primera, la regla general, que la parte que sufre los daños derivados del incumplimiento tiene derecho a ser situada en una posición lo más parecida posible a la que tendría en caso de que el contrato se hubiera ejecutado en los términos pactados⁹⁶. La parte segunda del artículo, que no es más que una concreción de la regla general enunciada, establece expresamente que, con el fin de que la parte perjudicada sea situada en la misma posición que tendría si el contrato se hubiera cumplido, será resarcida no sólo por las pérdidas efectivamente sufridas, es decir el *damnum emergens*, sino también por las ganancias dejadas de obtener, o lo que es lo mismo, por el *lucrum cesans*⁹⁷. Por tanto, la indemnización comprenderá como daños y perjuicios

creditor has been deprived», STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and...*, *op. cit.*, p. 923.

⁹⁵ Del tenor literal del artículo deriva, que además de la función principal de recoger el criterio de la reparación integral del daño, en los PECL, al igual que en nuestro Derecho, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios es siempre una obligación pecuniaria, no siendo posible la indemnización *in natura*.

⁹⁶ Sobre la regla general de la reparación integral del daño en los PECL, *vid.*, entre otros: CHENGWEI, L., «Remedies for Non-performance...», *op. cit.*, pp. 2 y 3; Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 374 y 375; GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual en el Derecho Español», *IndRet 3/2007*, (w.w.w.indret.com), pp.19 a 24; LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 646 a 650; MARI, A., «Commentary Arts. 9:501 a 9:510», en AA.VV., *Principles of European Contract Law and Italian Law*, (edited by Luisa Antonioli y Anna Veneziano) Kluwer Lax International, The Netherlands, 2.005, p. 448; MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios», en AA.VV., *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, (editores Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 465; MORALES MORENO, A.M., *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 217; NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento...», *op. cit.*, pp. 1241 y 1242; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho...», *op. cit.*, p. 90 y «La resolución del contrato como medio de tutela en caso de incumplimiento», en AA.VV., *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 813 a 817.

⁹⁷ Con relación al artículo 9:502, indican Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., que «la medida de la indemnización de los daños es, por regla general, la cantidad que permita colocar, en lo posible, a la parte insatisfecha en la situación en la que se habría encontrado si el contrato hubiera sido adecuadamente cumplido», *op. cit.*, p. 374.

indemnizables, el daño emergente y el lucro cesante, los daños indirectos o *consequential loss*, los menoscabos sufridos en los bienes de naturaleza no patrimonial, así como los denominados daños futuros, solucionando con la inclusión expresa de estos últimos el problema que suscitaba el momento en el que los daños se ponían de manifiesto. Las anteriores partidas indemnizatorias serán objeto de estudio en el epígrafe dedicado al análisis de los tipos de daños y perjuicios que deben ser resarcidos, limitándonos en éste, al estudio del criterio general de la reparación integral del daño o *full damages rule* adoptado en los PECL⁹⁸.

En el fondo, el principio de la reparación integral del daño o, en su expresión latina, *restitutio in integrum*, no es más que la consecuencia principal de la función que tiene el remedio indemnizatorio en el sistema de responsabilidad contractual. Si la indemnización tiene una función reparadora de los daños y perjuicios, sólo podría ser efectiva, si la parte que sufre el incumplimiento obtiene una compensación por todos los menoscabos sufridos, mediante el reequilibrio, la restauración al estado en el que se encontraría, si no se hubiese producido el incumplimiento que obliga a la parte incumplidora a indemnizar⁹⁹. La indemnización debe concretarse en una suma de dinero equivalente al daño íntegramente producido, de forma que no quede parte del daño sin resarcir, pero también sin que la indemnización suponga un enriquecimiento sin causa para la parte perjudicada. Lo anterior deberá incentivar al órgano juzgador del incumplimiento imputable que produzca daños, a buscar el perfecto equilibrio entre los daños y su reparación¹⁰⁰. En la

⁹⁸ Respecto a los criterios generales de cálculo de los daños y perjuicios en los PECL, afirman LANDO, O., BEALE, H., que en el artículo 9:502 «se combina el concepto del beneficio esperado, base de la indemnización por daños y perjuicios, con la tradicional norma, originaria del Derecho romano, del «*damnum emergens*» y el «*lucrum cesans*» que significa que la parte perjudicada tiene derecho a que se le compense por un importe equivalente al valor de las expectativas contractuales frustradas», *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 646.

⁹⁹ En tal sentido CHENGWEI, L., señala que «the general measure of damages is the principle of full compensation, namely that the creditor is entitled to be put into the same position as he would have been had the debtor complied with the terms of his contract» «Remedies for Non-performance...», *op. cit.*, p. 3.

comprensión de que la indemnización de daños y perjuicios no puede producir un enriquecimiento para la parte perjudicada, es donde cobra virtualidad la obligación de reducir la cuantía de los daños, el de las ganancias obtenidas por el incumplimiento o el de los gastos no realizados por la parte perjudicada, lo que se conoce como la compensación de las pérdidas con las ganancias que el incumplimiento ha producido en el acreedor, o *compensatio lucri cum damno*, que será objeto de posterior estudio.

La regla enunciada en el artículo 9:502 se encuentra estrechamente vinculada con las de los artículos 9:506 y 9:507, relativos al cálculo de la indemnización de daños en función de que se haya realizado, o no, una operación de reemplazo o de sustitución¹⁰¹. Ambos preceptos, que parten del supuesto común de que la parte agraviada resuelve el contrato, contemplan, como medida de la indemnización, las diferencias existentes entre el precio del contrato primitivamente celebrado e incumplido y un segundo contrato celebrado con un tercero, en el caso del artículo 9:506¹⁰²; y entre el precio pactado en el contrato y el precio corriente de mercado para la misma prestación al tiempo de la resolución, según el artículo 9:507¹⁰³. En ambos

¹⁰⁰ En este sentido, el comentario oficial al artículo 7.4.2. de los PICC, indican que «el incumplimiento no debe ser una fuente de menoscabo ni de ganancias para la parte perjudicada».

¹⁰¹ Al respecto, indica CHENGWEI, L., que «in a contract for the sale of goods or supply of services this is usually measured by the difference between the contract price and the market or current price but where the aggrieved party has made a cover transaction», «Remedies for Non-performance...», *op. cit.*, p. 2.

¹⁰² «O acuerda cederle a H el uso de su galería de arte para una exposición, por un precio de 1.000 £. Poco tiempo antes de que vaya a tener lugar la exposición, O informa a H de que no podrá disponer de la galería. H consigue encontrar otra galería próxima de tamaño y condiciones similares por un precio de 1.500 £. Tendrá derecho a una indemnización de 500£, que es el importe al que asciende la diferencia entre el contrato inicial y el precio del negocio de sustitución, y también tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios por otros gastos razonables (p. ej.: el de cambiar la dirección en los carteles anunciadores y en las invitaciones», LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 662.

¹⁰³ «S celebra un contrato por el que le vende a B 50 toneladas de café al precio de 1.800 £ la tonelada, a entregar el 1 de julio. S no cumple con su deber de entrega del café. El precio del mercado el 1 de julio es de 2.000 £ la tonelada. B tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios de 10.000 £ (es decir, 50 x 200 £ = 10.000 £), incluso

casos, y con la finalidad del respeto máximo por el principio de la *restitutio in integrum*, con la obligación de indemnizar cualquier otro daño derivado del incumplimiento¹⁰⁴.

Que la parte perjudicada tenga derecho al resarcimiento integral del daño no es un criterio o principio absoluto, sino que existen tres importantes excepciones o limitaciones del mismo. Para el cálculo de la suma indemnizatoria que el perjudicado obtendría, lo que hemos denominado anteriormente daño indemnizable, habrán que tenerse en consideración:

1) El test de previsibilidad del daño, establecido en el artículo 9:503.

2) La influencia que haya tenido la conducta del perjudicado en la producción o extensión, en todo o parte de los daños, dispuesta en el artículo 9:504.

3) Por último, el deber que recae sobre el perjudicado de mitigar los daños, recogido en el artículo 9:505¹⁰⁵.

aunque no hubiera celebrado una adquisición sustitutiva en el mercado», LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 664.

¹⁰⁴ Respecto a los artículos 9:506 y 9:507, indica PALAZÓN GARRIDO, M.L., que «respecto al cálculo del daño, los Principios consagran algunos criterios: Así, en caso de que se elija la resolución, los PECL proporcionan un sistema de valoración concreto: la operación e reemplazo (art. 9.506), consistiendo la indemnización en la diferencia entre el precio fijado en el contrato incumplido y el de la operación substitutiva (CISG, art. 75 y principios Unidroit, art. 7.4.5). Esta operación o negocio de reemplazo se ha de encuadrar dentro del deber de mitigar el daño, establecido por el estudiado art. 9.505 PECL. Si no se ha realizado la operación de reemplazo, el art. 9.507 (como el 76 CISG y el art. 7.4.6 de los Principios Unidroit) señala un sistema de cálculo abstracto: la diferencia entre el precio contractual y el precio de mercado», «El nuevo derecho...», *op. cit.*, pp. 90 y 91.

¹⁰⁵ Sobre los límites al principio de reparación integral del daño en los PECL, *vid.*: DíEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 377 a 382; GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual...», *op. cit.*, pp. 22 y 23; MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Mecanismos de protección...», *op. cit.*, pp. 465 a 468; MORALES MORENO, A.M., *La Modernización...*, *op. cit.*, pp. 217 a 220; NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento...», *op. cit.*, pp. 1242 a 1246; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho...», *op. cit.*, p. 90; STONE, R., *The modern law of contract*, Routledge-Cavendish, 7 th. ed., London, 2007, pp. 567 y 568 y ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho Privado Europeo*, (traducción Vaquer Aloy), Civitas, Madrid, 2000, pp. 129 a 131.

En definitiva, los artículos 9:504 y 9:505, constituyen la que puede ser denominada posición jurídica, o estatuto jurídico del perjudicado en la indemnización de los daños y perjuicios, puesto que toman en consideración, como parámetro, en su caso, de minoración de la suma resarcitoria, cuál ha sido la actitud del perjudicado en la causación y en la extensión de los daños derivados del incumplimiento. En el fondo, en ambos preceptos está latente el principio de buena fe que inspira todo el articulado de los PECL. Por tanto, el criterio general será concretado en cada caso, teniendo en cuenta «la manifestación del incumplimiento, los efectos que el mismo produzca en el acreedor y las medidas que éste adopte»¹⁰⁶. Será el perjudicado el que tendrá que probar el incumplimiento y los daños derivados del mismo, siendo por cuenta del incumplidor de buena fe la prueba de que los daños no habían sido previstos, así como en todo caso, que el perjudicado había contribuido a su causación o extensión, y que no había adoptado las medidas necesarias para su mitigación¹⁰⁷.

De lo hasta aquí expuesto, debemos distinguir una doble eficacia, o manifestación, del principio de reparación integral de los daños. Una primera, en la que dicho principio se vería atenuado o enervado, total o parcialmente, por concurrir alguno o todos los supuestos contemplados en los artículos 9:503, 9:504 y 9:505. Y una segunda, en la que el perjudicado no verá limitada la cuantía indemnizatoria por no darse ninguna de las anteriores limitaciones, y que supondría llevar al principio de reparación integral del daño hasta sus últimas consecuencias, siempre y cuando todos y cada uno de los daños sean resultado del incumplimiento¹⁰⁸.

¹⁰⁶ DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 374.

¹⁰⁷ Indudablemente, antes de entrar en la consideración de los extremos anteriores, tendrá que verificarse que no nos encontramos ante un supuesto de incumplimiento justificado del contrato, en cuyo caso no es posible ejercitar el remedio indemnizatorio, y cuya prueba debe ser realizada por la parte que alega que tal incumplimiento está justificado.

¹⁰⁸ Al respecto, ha señalado PALAZÓN GARRIDO, M.L., que «los Principios Lando contemplan una excepción al test de la previsibilidad: que los daños hayan sido causados por el incumplimiento doloso o gravemente culposo (art. 9.503, *in fine*), en cuyo caso se impone radicalmente la indemnización integral. Para fijar la medida de los daños, otro parámetro que los PECL (como la CISG y los Unidroit) exigen tener en cuenta es la actitud del propio

Por último, hemos de señalar que nuestro Derecho también acoge el principio de reparación integral del daño, por lo que el acreedor tiene derecho a ser resarcido por todos los daños y perjuicios que se le causen¹⁰⁹. No obstante, dicho principio también se encuentra sometido, como señala Díez-Picazo, a «algunos paliativos que, en parte, obedecen al criterio de justicia, y en parte también a la conveniencia de no hacer demasiado difícil la situación del deudor contractual, de manera que se pueda favorecer la contratación»¹¹⁰. Dichos paliativos son los mismos que hemos visto para los PECL: el deber de mitigar el daño, los daños ocasionados en todo o en parte por la parte perjudicada, y el test de previsibilidad.

acreedor. En consecuencia, el deudor no será responsable de las pérdidas atribuibles a la parte perjudicada (art. 9.504), y se impone al acreedor el deber de mitigar los daños (art. 9.505), cuyo incumplimiento conlleva la reducción de la indemnización», «El nuevo derecho...», *op. cit.*, p. 90.

¹⁰⁹ Sobre el principio de reparación integral del daño en nuestra doctrina, *vid.*: CRISTÓBAL MONTES, A., *El incumplimiento de...*, *op. cit.*, pp. 230 y ss.; Díez-Picazo y Ponce de León, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, *op. cit.*, p. 783; LACRUZ BERDEJO, J.L., ET ALII, *Elementos de Derecho Civil II...*, *op. cit.*, p. 209 y 210; MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 146 y 147; OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008...», *op. cit.*, pp. 615 y 616. También debe destacarse que el principio de reparación integral goza de un abundantísimo respaldo jurisprudencial. Pueden citarse numerosas sentencias de nuestro Tribunal Supremo, entre otras, las siguientes: de 10 de enero de 1979, ponente D. Jaime de Castro García (RJ 1979, 18), «la entidad del resarcimiento, presupuesto el evento perjudicial y la conducta sancionable, abarca todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor,... pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo, por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento o acto ilícito (*restitutio in integrum*)»; en el mismo sentido las de 2 de abril de 1997, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 1997, 2727); de 29 de marzo de 2001, ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2001, 3189) y de 8 de junio de 2001, ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2001, 5538).

¹¹⁰ Díez-Picazo y Ponce de León, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, *op. cit.*, p. 783.

3.2. Naturaleza del interés protegido: el interés positivo

El artículo 9:502¹¹¹ constituye el punto de partida en lo que respecta a la medida o cálculo de la indemnización de los daños y perjuicios en los PECL, consagrando que el interés de indemnidad que persigue la parte perjudicada por los menoscabos sufridos por el incumplimiento, es el de la reparación integral del daño¹¹². De dicho artículo deriva que la medida, o el interés protegido, por la indemnización de daños y perjuicios sea el interés en el cumplimiento o interés contractual positivo del acreedor, *expectation interest* en la terminología del *Common Law*¹¹³. Sobre el interés contractual positivo señala TREITEL que «the starting principle is that the object of awarding damages for breach of contract is to put the aggrieved party into as good a financial position

¹¹¹ LANDO, O., BEALE, H., afirman en relación al artículo 9:502 que «el importe que se puede recuperar en concepto de daños abarca tanto los gastos producidos como los beneficios no percibidos. La indemnización por daños prevista por este artículo no pretende que se lleve a cabo una restitución (es decir, no trata de que las partes vuelvan a su anterior situación, renunciando ambas a las ganancias que se hubieran recibido); se podrá disponer de este remedio en las circunstancias previstas por el artículo 9:307», *Principios de Derecho...*, op. cit., 646.

¹¹² La protección por la indemnización de daños del interés positivo o de cumplimiento es un principio aceptado en la mayoría de los ordenamientos europeos, así LANDO, O., BEALE, H., afirman en las notas de Derecho comparado del artículo 9:502 que «los ordenamientos jurídicos parecen de acuerdo en que el cálculo de las indemnizaciones por daños deberían permitir que la parte perjudicada vuelva a gozar de la posición que hubiera tenido en caso de cumplirse correctamente el contrato. En el COMMON LAW esta medida para el cálculo de los daños se denomina en general «*expectation interest*» (ver *Fuller & Perdue* (1936) 46 Yale L.J. 52); en ALEMANÍA y AUSTRIA se denomina «*positives Interesse*» o «*Erfüllungsinteresse*». Se opone al «*reliance interest*» que trata de devolver al perjudicado a la posición que tendría de no haberse celebrado el contrato (y que equivaldría al «*Vertrauensinteresse*» alemán). Respecto de esta distinción, ver en DINAMARCA *Gomard*, Obligationsret II 153 ss.; INGLATERRA, *Treitel*, Remedies § 82 y, respecto al «*expectation interest*» *Robinson v. Harman* (1848) 1 Ex. 850, 855; FINLANDIA *Aurejärvi* 132-136, ALEMANÍA *Palandt (-Heinrichs)* n. 16-18; AUSTRIA *Koziol*, I 34; ITALIA *Visintini* 196; SUECIA; *Ramberg*, Köplagen 112, 649 ss. En el Derecho FRANCÉS, los autores suelen no tratar de esta distinción, v. *Treitel*, Remedies § 89; en cambio, en ESPAÑA, se va generalizando (*Díez-Picazo* II, 683; *Pantaleón*, 1019 ss.), *Principios de Derecho...*, op. cit., p. 648 y 649.

¹¹³ En la doctrina española también ha tenido acogida el interés positivo como el protegido por el remedio resarcitorio, así indica DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., que «con carácter general, el derecho del acreedor a que se le resarzan las consecuencias desventajosas de la lesión contractual, se comprende en lo que la doctrina ha denominado el «interés positivo». El objetivo de la indemnización es colocar al acreedor en la misma situación y con los mismos resultados económicos en que estaría si no hubiera existido lesión contractual, es decir si el derecho de crédito hubiera sido regular y perfectamente ejecutado», *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, op. cit., pp. 787 y 788.

as that in which he would have been if the contract had been duly performed. This process has been called compensating the aggrieved party for loss of his bargain or of his 'expectation interest'¹¹⁴.

El interés positivo o de cumplimiento tiene como objetivo situar a la parte perjudicada en una posición lo más parecida posible a la que tendría si se hubiese cumplido la prestación en sus exactos términos¹¹⁵. Por tanto, los PECL se alejan de la protección del interés negativo o de confianza, también denominado *reliance interest*¹¹⁶, que tiene como fin situar a la parte perjudicada en la misma posición que disfrutaba antes de celebrarse el contrato¹¹⁷. Como

¹¹⁴ TREITEL, G.H., *Remedies for Breach of Contracts. A Comparative Account*, Clarendon Press, 2ª ed., Oxford, 1989, p. 82. También STONE, R., afirma que «the basic principle of contractual damages is that of *restitutio in integrum*, or full restitution, which involves putting the innocent party into the position it would have been in had the contract been performed. This principle can be traced back to *Robinson v Harman*, and has recently been restated by Lord Scott in *Farley v Skinner*. The basic principle of damages for breach of contract is that the injured party is entitled, so far as money can do it, to be put in the position he would have been in if the contractual obligation had been properly performed. He is entitled, that is to say, to the benefit of his bargain», *The modern law...*, *op. cit.*, pp. 567 y 568.

¹¹⁵ En tal sentido NAVAS NAVARRO, S., indica que «con carácter general, el art. 9:502 prescribe que la indemnización debe consistir en una cantidad de dinero que coloque al contratante perjudicado tan cerca posible de la situación en que estaría si el contrato se hubiera cumplido. Se trata de indemnizar, en la línea de la CV (art. 74) y de los Principios UNIDROIT (ART. 7.4.2), el INTERÉS CONTRACTUAL POSITIVO o INTERÉS DE CUMPLIMIENTO (*Erfüllungsinteresse*, *expectation interest*), excluyéndose el INTERÉS CONTRACTUAL NEGATIVO o INTERÉS DE LA CONFIANZA (*Vertrauensinteresse*, *reliance interest*), es decir, la situación en la que se encontraría si no hubiera celebrado el contrato, si no hubiera confiado en la ejecución del contrato», «El resarcimiento...», *op. cit.*, p. 1241 y 1242.

¹¹⁶ Sobre el interés negativo o de confianza, también se ha pronunciado TREITEL, G.H., afirmando que «is to put the aggrieved party into the situation in which he would have been if the contract had never been made. This may be done by compensating him for expenses or other losses incurred in reliance on the contract. Here it is common to talk of protection of the reliance interest (known in German law as *Vertrauensinteresse* or negative interest», *Remedies for Breach...*, *op. cit.*, p. 83. *Vid.*, también: ALPA, G., DELFINO, R., *Il contratto nel Common Law inglese*, 3ª ed., Cedam, Padova, 2005, p. 187; ATIYAH, P.S., *An Introduction to the Law of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 5ª ed., 1989, pp. 448 y 449 y STONE, R., *The modern law...*, *op. cit.*, pp. 575 y 576. En la doctrina española, *vid.*, por todos GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual...», *op. cit.*, pp. 23 a 25.

¹¹⁷ Respecto al interés negativo o de confianza, LANDO, O., BEALE, H., afirman que «en determinados ordenamientos se permite que el perjudicado reclame el interés negativo en lugar del interés positivo o esperado. Así ocurre en el Derecho DANES, en donde es posible reclamarlo incluso aunque el perjudicado vaya a verse en una mejor posición de la que tendría

señala PANTALEÓN PRIETO en relación a la CISG, no se trata de situar a la parte perjudicada en la situación «en la que se habría encontrado si nunca hubiera negociado con la otra parte, si no hubiera invertido su confianza en la validez y ejecución del contrato»¹¹⁸.

Por último, también han desechado los PECL la protección del denominado interés de restitución o *restitution damages*. Dicho interés consiste, en palabras de TREITEL en «the situation in which the aggrieved party seeks to recover from the defaulting party a benefit which the former has conferred on the latter by performing his obligations under the contract. A buyer's claim for repayment of the price on account of non-delivery would be the most obvious illustration of a claim for restitution»¹¹⁹.

de haberse cumplido el contrato, v. *Gommar*, Obligationsret II 202. En Alemania el interés negativo puede reclamarse en los casos en que el perjudicado resuelve el contrato y se le priva de la posibilidad de obtener el beneficio esperado, v. *Palandt (Heinrichs)* § 325 n. 25. GRECIA tiene expresamente prevista la indemnización por daños y perjuicios ponderada en función de criterios de equidad. En el Derecho SUECO este caso no se halla resuelto, v. *Rambert*, Avtalsrätt 56 ss. El Derecho INGLÉS permite que se obtenga el interés negativo siempre que el perjudicado no se sitúe, con ello, en mejor posición de la que hubiera tenido de haberse cumplido el contrato, v. *Treitel*, Remedies §94. En tal sentido, los gastos que se hayan desaprovechado pueden recuperarse en concepto del «*reliance interest*», pero no cuando no se hubieran compensado en caso de haberse cumplido el contrato, lo que colocaría al perjudicado en mejor posición de la que en realidad tendría: *C&P Haulage Ltd. V. Middleton* [1983] 1 W.L.R. 1461 (C.A.). en el Derecho ESCOCES v. *Macgregor*, *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 649 y 650.

¹¹⁸ PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario artículo 74...», *op. cit.*, p. 592. Sobre el interés positivo o de cumplimiento en la CISG, *vid.*, también: GARRO, A.M., ZUPPI, A.L., *Compraventa internacional de mercaderías*, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 1990, pp. 206; HONNOLD, J.O., *Uniform Law For...*, *op. cit.*, pp. 445 y 446; KNAPP, V., «Commentary Arts. 74 a 77», en AA. VV., *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention*, (By C.M. Bianca y M.J. Bonell, coord. by M.J. Bonell), Giuffrè, Milán, 1987, p. 543; OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Aceptación, contraoferta y modificación...», *op. cit.*, p. 215; PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., «El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)», <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>, 2001, pp. 65 y 66; STOLL, H., «Commentary Art. 74 a...», *op. cit.*, pp. 553 y 554. En el mismo sentido, respecto a los PICC, *vid.*, por todos BONELL, M.J., *I Principi Unidroit nella Pratica*, Giuffrè Editore, Milano, 2002, p. 393.

¹¹⁹ TREITEL, G.H., *Remedies for Breach...*, *op. cit.*, p. 83. En el mismo sentido ATIYAH, P.S., *An Introduction...*, *op. cit.*, pp. 449 a 456. Sobre el interés de restitución en la doctrina italiana ALPA, G., DELFINO, R., «i *restitution damages*, infine, sono rappresentati dai "benefici" conferiti da una parte all'altra prima o nel corso dell'esecuzione del contratto, e in caso di *breach sufficientemente grave da dare origine ad una "total failure of consideration"* devono essere "restituiti" in natura, o per equivalente in denaro, alla parte che li ha conferiti. La loro funzione è quella di porre la parte nella posizione in cui si sarebbe trovata se il contratto non

En nuestro Derecho, siendo coherentes con el principio de reparación integral del daño, la protección a través de la indemnización de los daños y perjuicios del interés positivo encuentra su anclaje normativo en el artículo 1106, al disponer que *«la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes»*; por lo que la indemnización contenida en el Código civil persigue, por tanto, el mismo objetivo de los PECL, a saber, situar al acreedor en la misma situación que tendría si el contrato se hubiera cumplido en los términos pactados¹²⁰.

3.3. El cálculo del interés positivo

3.3.1. Los criterios de cálculo del daño en los PECL

Una vez afirmado que la indemnización de daños adopta el principio de reparación integral del daño, y que el interés protegido es el positivo o esperado, corresponde el análisis de la forma de proceder u operativa que debe realizarse para su cálculo, para la concreción de los daños en una cantidad pecuniaria estrictamente reparadora de los mismos.

Los PECL no proporcionan ningún criterio general sobre cómo proceder para concretar la reparación integral del daño en una cantidad pecuniaria, lo

fosse stato concluso, e si differenziano dai *reliance damages* in quanto sono basati non sulla perdita risentita dal danneggiato ma sull'arricchimento indebito ricevuto dall'altra parte», *Il contratto nel...*, *op. cit.*, p. 187.

¹²⁰ Sobre la protección del interés positivo en nuestra doctrina, *vid.*, por todos: Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, *op. cit.*, pp. 787 y 788; GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual...», *op. cit.*, pp. 19 a 22; MONTÉS PENADÉS, V.L., «La defensa del derecho de crédito», *op. cit.*, p. 231; OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008...», *op. cit.*, p. 615 y SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, pp. 82 a 84. *Vid.*, también FISCHER, H.A., *Los Daños Civiles...*, *op. cit.*, pp. 97 a 115

que nos plantea el interrogante de ¿qué reglas seguir para el cálculo de los daños?¹²¹

Los PECL reconocen expresamente dos fórmulas de cálculo del daño, una concreta, en el artículo 9:506 y otra abstracta, en los artículos 9:507 y 9:508. Así, en relación al cálculo concreto del daño, el artículo 9:506, en relación a los contratos de compraventa de mercancías o de prestación de servicios, tiene como presupuestos la resolución del contrato y la realización de un contrato sustitutivo del anterior incumplido, lo que se denomina un negocio de reemplazo. En estos supuestos, el daño, siempre teniendo en consideración que el nuevo contrato se celebre en un tiempo y modo razonables, se valora en la diferencia entre el precio del contrato incumplido u originario y el del contrato de reemplazo. Por lo que respecta al cálculo abstracto, el artículo 9:507, también respecto a la aplicación del precio corriente de mercado para los contratos de compraventa de mercancías o de prestación de servicios, cifra el importe de la indemnización, una vez resuelto el contrato y no realizado una operación de reemplazo, en la diferencia entre el precio pactado en el contrato y el precio de mercado de la prestación prometida e incumplida. La misma abstracción del cálculo del daño es la contenida en el artículo 9:508, relativo al retraso en el pago de una suma de dinero, al disponer que, cuando se produzca un retraso en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, la parte perjudicada tendrá derecho a los intereses devengados desde la fecha del vencimiento hasta la del efectivo cumplimiento. Tales intereses «se calcularán conforme al tipo medio aplicado por los bancos comerciales para grandes préstamos en operaciones a corto plazo, para la moneda de pago convenida y en el lugar en que deba procederse al pago». Los tres preceptos citados disponen en su parte final, como cláusula de cierre, un sistema concreto del daño, al decir que, además, los perjudicados podrán ser resarcidos por otros daños que también deriven del incumplimiento y resulten

¹²¹ La misma cuestión, respecto a la indemnización de daños y perjuicios en el Derecho español, se plantea Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «¿Cuáles son, los criterios normativos a seguir para el cálculo de los daños?», *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, op. cit., p. 788.

indemnizables por concurrir los requisitos exigidos por el remedio indemnizatorio¹²².

Por tanto los PECL, fuera de los casos en los que el contrato ha sido resuelto, y existe un precio corriente de mercado, o se realiza una operación de reemplazo, o se trata de un retraso en el cumplimiento de una obligación pecuniaria, no ofrecen de forma lo suficientemente clara cuáles serán las pautas para el cálculo de los daños y perjuicios. Ello nos obliga a acudir a la hermenéutica del artículo 9:502 y de su comentario para extraer los criterios normativos para el cálculo de la indemnización de los daños y perjuicios en los demás supuestos.

Parece resultar claro que la parte perjudicada tiene derecho a una suma de dinero que le permita situarse en una posición lo más parecida posible a la que tendría de haberse cumplido en sus exactos términos la prestación pactada. Ello nos conduce ineludiblemente a la comparación de dos estados o situaciones; una, la actual, la que tiene el perjudicado una vez producido el incumplimiento y otra, hipotética, la que disfrutaría de haberse realizado la prestación correctamente. De la comparación entre ambas situaciones se obtendría cuánto es la cantidad de dinero a la que tendría derecho la parte perjudicada. El comentario al artículo 9:502 pone el siguiente ejemplo: «*S vende a B un coche Renault por un importe de 5.000 £, asegurándole que se trata de un modelo del año 1990. Se trata en realidad de un modelo de 1988, cuyo valor en el mercado es de 1.500 £ menos que el modelo de 1990. El precio pagado conforme al contrato no importa a la hora de calcular los daños. B tiene derecho a una indemnización por daños de 1.500 £, que constituye la diferencia de precio entre el valor garantizado del coche y el valor del coche que se entregó*»¹²³.

¹²² Sobre la medida de la indemnización Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 374 a 377.

¹²³ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 646.

De lo expuesto, podría afirmarse que los PECL acogen la teoría de la diferencia, que será analizada en el siguiente epígrafe.

3.3.2. Los postulados de la teoría de la diferencia

Dicha teoría consiste en la realización de una mera operación matemática, en la que la cuantificación del daño, según FISCHER «se determina mediante una operación de cálculo, comparando la situación real del patrimonio después del evento dañoso y el estado imaginario que presentaría si éste no hubiera ocurrido. La diferencia resultante indica la existencia del daño y su cuantía»¹²⁴.

¹²⁴ FISCHER, H.A., *Los Daños Civiles...*, *op. cit.*, pp. 17 y 18. En el mismo sentido en la doctrina alemana VON THUR, A., *Tratado de la Obligaciones*, tomo II, traducido del alemán y concordado por W. Roces, Editorial Reus, Madrid, 1934, p. 58. En relación a la teoría de la diferencia en la doctrina italiana, MASTROPAOLO, F., afirma que «se il risarcimento mira a ristabilire l'equilibrio complessivo delle utilità, pregiudicato dall'illecito, più che dalla distruzione o alterazione di singole cose, esso deve muovere dal raffronto tra il valore attuale del patrimonio del creditore danneggiato e quello che esso presenterebbe se l'obbligazione fosse stata esattamente adempiuta o il fatto dannoso non si fosse verificato. La nozione di danno ha caratteri differenziali e il risarcimento appunto tende a colmare lo scarto tra i due valori patrimoniali», «Danno: Risarcimento del Danno», en AA. VV., *Enciclopedia Giuridica*, Istituto della Enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, Tomo X, Roma, 1988, p. 7. *Vid.*, también: DE GIORGI, M.V., «Danno: I) Teoria Generale», en AA. VV., *Enciclopedia Giuridica*, Istituto della Enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, Tomo X, Roma, 1988, p. 2 y SALVI, C., «Risarcimento...», *op. cit.*, p. 1085. En la doctrina española se han pronunciado sobre la teoría de la diferencia DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., señalando que «para resolver toda esta serie de problemas de pérdidas efectivas, gastos y ganancias frustradas, y permitir una visión de conjunto, F. MOMSEN acuñó la llamada «teoría de la diferencia», cuyo mérito mayor consistió en trasladar el punto de vista del concreto bien en el que se ha experimentado el daño al total patrimonio del perjudicado, lo que permite englobar pérdidas, gastos y ganancias no obtenidas. Lo que hay que reconstruir idealmente para medir la indemnización no es la situación concreta del bien dañado, sino la situación patrimonial del perjudicado. De esta suerte, de acuerdo con los esquemas de la teoría de la diferencia, el daño se concreta en la diferencia entre la situación, valorada económicamente, del patrimonio del dañado que éste tendría si el hecho dañoso no se hubiera producido y aquella que tiene efectivamente tras el hecho dañoso», *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 309. También SOLER PRESAS, A., ha afirmado que «la aplicación de la criticada Teoría de la Diferencia al ámbito contractual implica que por daño resarcible se entienda el resultado de la comparación global de la situación económica que el comportamiento ordenado del deudor habría proporcionado al acreedor y la real en la que se encuentra como consecuencia del incumplimiento», *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 32.

Frente a los postulados de la teoría de la diferencia, que han sido fuertemente contestados en nuestra doctrina por Díez-PICAZO¹²⁵ y PANTALEÓN PRIETO¹²⁶, pueden esgrimirse los siguientes argumentos:

- El patrimonio de la parte perjudicada por el incumplimiento es concebido por la teoría de la diferencia como un cuerpo abstracto, no teniendo en consideración que en realidad los daños y perjuicios recaen sobre bienes concretos¹²⁷. En este sentido, ha indicado Díez-PICAZO que «se observa que el concepto resultante de la teoría de la diferencia conduce a una concepción abstracta del daño en la medida en que no toma en consideración las singularidades que puede ofrecer el caso concreto»¹²⁸.

- Un segundo argumento, ya enunciado en nuestra doctrina en sede de responsabilidad civil¹²⁹, y que tiene especial importancia en relación a los

¹²⁵ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de...*, *op. cit.*, pp. 312 a 322.

¹²⁶ PANTALEÓN PRIETO, F., «Daño...», *op. cit.*, pp. 1897 y 1898. En el mismo sentido SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, pp. 29 a 37.

¹²⁷ FISCHER, H. A., si bien se pronuncia a favor de la teoría de la diferencia, afirma que «a esta fórmula, consistente en un *cálculo abstracto*, y representada por la *teoría de la diferencia*, opónese la apreciación *concreta* del daño, la de quienes definen el daño patrimonial como «el perjuicio concreto experimentado por la persona en su patrimonio, en forma de pérdida o menoscabo de *determinados* bienes patrimoniales». Los civilistas OERTMANN y WALSMANN se han esforzado por demostrar que esta fórmula es la única admisible. A su juicio, el concepto de «interés» no es conciliable con la consagración legal de los daños morales (v. § 253 cit. Supra), los cuales no admiten tasación abstracta, ni es tampoco compatible con el sistema de reparación natural o efectiva que el Código civil (§ 249) sanciona como primordial; el daño –siempre según estos autores– sólo podría identificarse con el «interés» en defecto de reparación natural, pues el carácter absoluto que a la idea del daño abstracto se atribuye contradice a aquella fundamental norma del Código. Mas, tampoco para las reparaciones en dinero –prosигuen– tiene ese sistema práctica significación. «La teoría de la diferencia –dice Walsmann–, lógicamente aplicada, nos obligaría a aquilatar, caso por caso, el estado de todo el patrimonio después de experimentar el perjuicio y el que representaría de haber seguido indemne, para que la determinación del daño no se reduzca a vagas conjeturas. Y tal procedimiento, tratándose de daños poco importantes, origina inútiles complicaciones», *Los Daños Civiles...*, *op. cit.*, p. 18 y 19.

¹²⁸ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de...*, *op. cit.*, p. 312.

¹²⁹ NAVEIRA ZARRA, M.M., señala que «la teoría de la diferencia identifica el daño únicamente con el perjuicio patrimonial, al hacerlo equivaler a la pérdida de valor que experimenta el patrimonio de una persona a consecuencia del evento dañoso. Así quedan fuera del concepto ofrecido por esta teoría los perjuicios extrapatrimoniales, los cuales, por

PECL, dada la expresa naturaleza indemnizatoria del daño no patrimonial, se encuentra en el hecho de que la teoría de la diferencia parte de una concepción puramente patrimonial del daño, sin ofrecer una solución a los supuestos en el que el incumplimiento provoca daños en la esfera no patrimonial del perjudicado. ¿Cómo se puede calcular el valor del daño moral, si los parámetros a tener en consideración son el valor del patrimonio una vez producido el hecho dañoso y el que tendría si el mismo no hubiera acaecido?

- Una última objeción deriva de su aplicación en la práctica, ya que como indica DíEZ-PICAZO «al exigir una comparación global del estado del patrimonio en el momento actual (se supone que es aquél en que el daño se demandó o aquél en que el juez debe dictar sentencia) con el estado que tendría de no haberse producido el evento dañoso, requiere unas operaciones que resultan sumamente complicadas cuando en el curso hipotético que se examina inciden otros factores. En este sentido, la teoría de la diferencia exige siempre la *compensatio lucri cum damno*, así como la toma en consideración del abanico de casos que usualmente se denomina como causalidad alternativa hipotética»¹³⁰.

Por lo que respecta a la *compensatio lucri cum damno*¹³¹, la misma plantea la cuestión de si, como consecuencia de producirse el incumplimiento,

afectar a intereses no susceptibles de valoración pecuniaria, no se manifiestan en la forma de una disminución patrimonial. Lo cierto es que esta circunstancia es fácilmente explicable si se tiene en cuenta que en la época en que la *Differenztheorie* fue formulada sólo los perjuicios irrogados al patrimonio tenían la consideración de daños en sentido jurídico...En cualquier caso, con el transcurso del tiempo y con más o menos limitaciones según el sistema jurídico de que se tratara, quedó fuera de toda duda la admisión de la reparación de los daños no patrimoniales, así como su consiguiente inclusión en el concepto de daño jurídicamente relevante, por lo que la aceptación de la teoría expuesta en la época actual estaría en clara contradicción con dicha admisión», *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, pp. 64 y 65.

¹³⁰ DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de...*, *op. cit.*, pp. 314. En el mismo sentido afirma PANTALEÓN PRIETO, F., que «el concepto de daño de la «teoría de la diferencia» implica la aceptación de la relevancia exoneradora de las causas hipotéticas de daño que, de haber sido las causas efectivas, no hubieran podido generar la responsabilidad de un tercero, así como la más amplia admisión de la figura de la *compensatio lucri cum damno*. Y ni una ni otra premisa se cumplen en nuestro Derecho», «Daño...», *op. cit.*, p. 1897.

¹³¹ LARENZ, K., en relación a la *compensatio lucri cum damno*, a la que denomina compensación de ventajas, manifiesta que «el principio de que la indemnización de daños no

la parte perjudicada obtiene algún lucro o ventaja, por ejemplo gastos que no hayan tenido que realizarse al suspenderse un concierto por negarse el día antes el artista contratado, los mismos deberían ser descontados de la suma de los daños producidos como consecuencia del incumplimiento¹³². Esta reducción tendrá como finalidad que la parte perjudicada sea resarcida por los daños que efectivamente ha sufrido y evitar la obtención de un enriquecimiento sin causa¹³³. Como se analizará en el siguiente apartado, la *compensatio lucri*

debe conducir a que el perjudicado alcance una situación más favorable que la que tendría en el supuesto de que no se hubiese dado el suceso en que se funda la responsabilidad del obligado a indemnizar, nos lleva a imponer al perjudicado la obligación de permitir la evaluación de aquellas ventajas que *haya obtenido precisamente mediante el hecho generador de la responsabilidad o en relación causal adecuada con éste*. Si, p. ej., el lesionado reclama los gastos de curación necesarios hechos para el restablecimiento de su salud, está obligado a computar lo que ha ahorrado durante ese tiempo por los gastos que hubiera hecho para su sustento diario. El que tiene derecho a reclamar una indemnización por la destrucción de un camión ha de permitir la tasación del valor de los restos del mismo que hayan pasado a su poder y a los que pueda dar alguna aplicación. Si la indemnización tiene lugar “in natura” mediante la entrega de un coche nuevo análogo al destruido, estará obligado a devolver, como compensación, lo que del destruido recibió o el dinero obtenido por su venta. ¡Si el automovilista indemniza las aves que atropelló según su valor total de venta, es natural que pueda quedarse con ellas y su asado quizá le sea agradable! También se habrán de traer a colación las ventajas que sean consecuencia del acaecimiento que crea el deber de indemnizar y que no *son adecuadas* al mismo, si así lo exige la equidad según las circunstancias del caso concreto; tal ocurre, cuando la ventaja obtenida lo fue en forma completamente imprevisible y ha resultado desproporcionadamente grande. Es necesario que en cada caso las ventajas habidas estén causalmente condicionadas por el *mismo hecho* productor del daño. De otra parte *no siempre han de compensarse ventajas adecuadas* al hecho. Así no son computables las prestaciones que el lesionado reciba *en virtud de un contrato de seguro por él concluido*, ya que éstas representan la contraprestación por las primas que el perjudicado pagó y contradiría el sentido del contrato de seguro si aquéllas redundasen en provecho del obligado a indemnizar», *Derecho de obligaciones...*, *op. cit.*, pp. 204 y 205.

¹³² Resulta interesante la matización que sobre la naturaleza de la figura de la *compensatio lucri cum damno* realiza Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., al señalar que «no se trata de establecer una compensación en sentido técnico del crédito indemnizatorio con otro crédito del obligado a indemnizar. Se trata de una pura imputación o consideración de los efectos ventajosos en el momento de llevarse a cabo la valoración del daño, por lo cual puede llamarse imputación de beneficios o computación de beneficios», *Derecho de...*, *op. cit.*, pp. 319.

¹³³ Afirma Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., que «los sostenedores de la teoría de la diferencia en materia de conceptualización del daño, no tienen más remedio que admitir la computación de beneficios. Siguiendo de nuevo a Von Tuhr, si la indemnización tiene como objeto reparar el patrimonio del perjudicado, es lógico que, al comparar el estado que dicho patrimonio tenía antes y después de producirse el daño, hayan de tenerse en cuenta también los efectos ventajosos producidos por el mismo hecho contra el cual se reclama. La admisibilidad y aún la necesidad de computación de beneficios ha sido sostenida también partiendo de la idea del carácter resarcitorio de la indemnización y de la interdicción del enriquecimiento sin causa que de otro modo se produciría si el perjudicado recibe una

cum damno es admitida expresamente por el comentario del artículo 9:502 de los PECL, pero ello no debe llevarnos como se argumentará, a una aceptación ilimitada de la figura, sino que la misma debe ser aceptada con las cautelas o matizaciones que serán expuestas.

La cuestión de la admisión de la relevancia exoneradora de las causas hipotéticas del daño, o también denominadas “causalidad alternativa hipotética”¹³⁴, plantea el problema de «si el daño debe ser resarcido, en aquellos casos en que, aun habiendo sido causado por una acción u omisión del demandado que es fuente de responsabilidad (problema de causalidad real), puede establecerse con seguridad que el mismo daño, en su misma consistencia, se habría producido igualmente por obra de un evento natural, por el hecho de un tercero o por otro hecho del mismo sujeto responsable que

indemnización integral a la que han de sumarse los lucros obtenidos», *Derecho de...*, *op. cit.*, pp. 319. En el mismo sentido NAVEIRA ZARRA, M.M., afirma que «una determinación del daño resarcible que no tuviera en cuenta los beneficios que derivan del hecho generador de responsabilidad para reducir la cuantía del resarcimiento por medio de una compensación entre ambos conceptos, conduciría necesariamente a un enriquecimiento injusto del reclamante», *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, p. 67.

¹³⁴ La cuestión de las causas hipotéticas del daño se la plantea LARENZ, K., de forma muy gráfica en los siguientes términos «¿Reducción del daño por causas hipotéticas del mismo? El curso causal hipotético, es decir, el desarrollo de los acontecimientos tal como hubiera tenido lugar probablemente si no hubiera acaecido el hecho base de la responsabilidad, no sólo tiene relevancia para determinar la “ganancia frustrada”. Cuando después del *hecho* generador del daño tiene lugar otro nuevo que hubiese producido el mismo daño en caso que el primer suceso no hubiese ocurrido, se pregunta entonces si, como consecuencia de ello, ha de ser reducido o neutralizado el daño a indemnizar derivado del primer hecho. Para resolver la cuestión exponemos dos ejemplos: A, que regresa a su casa eufórico después de pasar una tarde alegre, rompe con el bastón e cristal de la ventana de B y se declara dispuesto al siguiente día a mandar colocar a su costa un nuevo cristal; pero antes de que esto se lleve a cabo se produce en la proximidades una fuerte explosión que rompe todos los cristales de los alrededores. A sostiene entonces que B, según ahora resulta, no fue perjudicado por él, porque si A no hubiese roto el cristal éste lo hubiera sido poco después como consecuencia de la explosión. Segundo ejemplo: B queda inutilizado para el trabajo por un accidente del que es responsable A, que es por ello condenado al pago de una pensión alimenticia. Más tarde B es condenado a cumplir dos años de pena privativa de libertad; A sostiene no estar obligado a pagar la pensión durante el tiempo en que B cumple condena, puesto que éste, durante dicho tiempo, hubiera permanecido sin ingresos, aunque el accidente no hubiera tenido lugar», *Derecho de obligaciones...*, *op. cit.*, p. 211. *Vid.*, también INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños: Nexos de causalidad y «causas hipotéticas»*, Tirant Monografías, Valencia, 2002, pp. 143 y 198 a 201.

hubiera actuado de forma legítima que no implicara para él ningún tipo de responsabilidad o que hubiera disminuido ésta»¹³⁵.

Si, como se ha expresado, la teoría de la diferencia parte para el cálculo del daño indemnizable del estado o valor del patrimonio de la parte perjudicada, una vez producido el incumplimiento y el que tendría de no haberse producido, resulta claro que dicha teoría admite la relevancia exoneradora de las causas hipotéticas, puesto que «al comparar el estado del patrimonio tras el daño causado por el tercero con el estado en que el mismo se encontraría de no acontecer ese hecho dañoso, resulta que la situación del acervo patrimonial es idéntica en ambos momentos, porque la lesión de los intereses del perjudicado existe, ya se tenga en cuenta la conducta ajena dañosa, ya se suprima ésta. Ello sería así porque, de no existir el hecho dañoso culpable, el perjuicio se habría producido igualmente a través de la materialización del evento constitutivo de la causa reserva, lo cual impediría apreciar cualquier diferencia patrimonial y, en consecuencia, haría negar la existencia de daño resarcible»¹³⁶.

Considero acertada la conclusión que al respecto ofrece DÍEZ-PICAZO, centrando el objeto del debate no en un problema de nexo de causalidad «porque en todos estos casos el evento dañoso y sus consecuencias están en una estricta relación causal con el hecho al cual se le imputan y no existe la denominada “interrupción de la relación causal”... sino de cuestiones de alcance del daño indemnizable»¹³⁷.

Por último, se debe concluir que la relevancia exoneradora de las causas hipotéticas del daño, junto con la teoría de la diferencia que las ha admitido, han sido negada por la doctrina, tanto en sede extracontractual¹³⁸ como

¹³⁵ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de...*, op. cit., pp. 315.

¹³⁶ NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, op. cit., p. 66.

¹³⁷ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de...*, op. cit., p. 317.

contractual¹³⁹, sobre la base que considero plenamente de asentar, de que dichas causas hipotéticas no han sido las efectivamente productoras del daño, y que «el derecho a la reparación nace a favor del perjudicado en el mismo instante en que el daño antijurídico se manifiesta como consecuencia de la conducta del culpable, al margen, por tanto, de los acontecimientos que en el mismo instante o sucesivamente tengan lugar»¹⁴⁰.

3.3.3. Las soluciones adoptadas en los PECL: el criterio general del cálculo subjetivo y real-concreto de los daños

Una vez analizados los postulados de la teoría de la diferencia y los inconvenientes que la plena aceptación de la misma conlleva, procede plantearse cuál o cuáles son las soluciones adoptadas por los PECL.

Los PECL no proporcionan ningún criterio general sobre cómo proceder para concretar la reparación integral del daño en una cantidad pecuniaria, si bien, tal y como hemos visto, reconocen expresamente dos fórmulas de cálculo del daño; una concreta, en el artículo 9:506 y otra abstracta, en los artículos 9:507 y 9:508. Los tres preceptos citados disponen en su parte final, como cláusula de cierre, un sistema concreto del daño, al decir que, además, los perjudicados podrán ser resarcidos por otros daños que también deriven del incumplimiento y resulten indemnizables por concurrir los requisitos exigidos por el remedio indemnizatorio.

Resulta que la parte perjudicada tiene derecho a una suma de dinero que le permita situarse en una posición lo más parecida posible a la que tendría de haberse cumplido en sus exactos términos la prestación pactada, lo que nos conduce ineludiblemente a la comparación de dos estados o situaciones; una,

¹³⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de...*, *op. cit.*, p. 317 y NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, p. 66.

¹³⁹ SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 36.

¹⁴⁰ NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, p. 66.

la actual, la que tiene el perjudicado una vez producido el incumplimiento y, otra hipotética, la que disfrutaría de haberse realizado la prestación correctamente. De la comparación entre ambas situaciones se obtendría cuánta es la cantidad de dinero a la que tendría derecho la parte perjudicada. Ello podría llevarnos a la afirmación, que considero errónea, de que los PECL acogen la teoría de la diferencia. Y no la acogen por las razones siguientes:

- El párrafo segundo del artículo 9:501, consagra expresamente como daños cubiertos por la indemnización de daños y perjuicios, las pérdidas no pecuniarias, lo que refleja que los PECL huyen claramente de una concepción economicista del daño contractual. Por tanto, siempre resultarán indemnizables los perjuicios extrapatrimoniales, los cuales afectan a bienes o, mejor dicho, a intereses no susceptibles de cuantificación exacta en dinero y que por tanto difícilmente serán exteriorizados mediante una disminución patrimonial.

- Considero que resultaría muy forzado, y seguramente erróneo, interpretar que cuando el artículo 9:502 dispone que *«la indemnización por daños y perjuicios consiste en general en un importe que coloque a la parte perjudicada en una posición lo más próxima posible a la que hubiera disfrutado de haberse ejecutado correctamente los términos del contrato»*, se esté refiriendo a una comparación en abstracto del patrimonio de la parte perjudicada una vez producido el incumplimiento y la que tendría de no haberse producido, y ello, sin tener «en consideración las circunstancias singulares del caso concreto»¹⁴¹.

- Cuando el artículo 9:506, para los supuestos en los que se realiza un negocio de reemplazo o de sustitución, cifra la cuantía de la indemnización en la diferencia entre el precio establecido en el contrato primitivo incumplido y el pactado en el contrato de reemplazo, podría parecer que está calculando el daño en base a la teoría de la diferencia, lo que debemos negar por dos razones. Primera, la operación es mucho menos compleja, puesto que no

¹⁴¹ NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, op. cit., p. 64.

implica una comparación de todo el patrimonio del perjudicado, sino únicamente de la diferencia entre el primitivo precio pactado y el efectivamente obtenido. Y, en segundo lugar, porque, al establecer en su inciso final que tendrá derecho a «*los daños debidos a cualquier otra pérdida*», deja a salvo la indemnización de otros posibles daños derivados del incumplimiento, entre ellos los no patrimoniales, como podía ser el descrédito profesional, los inconvenientes que tal incumplimiento le ha causado, etc. Lo mismo puede predicarse de lo establecido en los artículos 9:507 y 9:508.

- Por lo que respecta a la relevancia exoneradora de las causas hipotéticas del daño, admitidas por la teoría de la diferencia, nada parece desprenderse de la regulación de la indemnización de los daños y perjuicios de los PECL, como para entender que las mismas son admitidas. Máxime cuando en el artículo 8:108, relativo a las causas de exoneración del incumplimiento, nada se establece al respecto. Además, lo contrario resultaría incongruente con el hecho de que la parte incumplidora, una vez constatados los daños derivados del incumplimiento injustificado, deviene inmediatamente responsable por los daños, lo que va acompañado del derecho de la parte perjudicada a exigir un adecuado resarcimiento, y ello al margen de cualquier otro acontecimiento dejando siempre a salvo los supuestos en los que se haya producido una concurrencia de culpas en los hechos desencadenantes de los daños, ya sea en la producción del incumplimiento como de sus efectos entre incumplidor y perjudicado, y también de aquellos en los que el incumplimiento se hubiera podido producir en parte por una de las causas exoneradoras del artículo 8:108 y por hechos imputables al deudor. Además, en ambos supuestos no nos encontraríamos ante un problema de extensión de los daños indemnizables, sino en el ámbito del nexo causal.

- Por último, por lo que respecta a la *compensatio lucri cum damno*, que será objeto de análisis en el epígrafe siguiente, debe advertirse que tal compensación sí se admite en los PECL, sin que ello sea un obstáculo para continuar negando virtualidad a la teoría de la diferencia.

Nuestro Tribunal Supremo ha adoptado los postulados de la teoría de la diferencia. Muestra de lo anterior es la sentencia 10 de enero de 1979 que dispone que: *«la entidad del resarcimiento, presupuesto el evento perjudicial y la conducta sancionable, abarca todo menoscabo económico sufrido por el acreedor, consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por disminución efectiva del activo, bien por la ganancia perdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo»*¹⁴².

De lo hasta aquí expuesto, y siguiendo el planteamiento realizado para la responsabilidad extracontractual por PANTALEÓN PRIETO, considero que el criterio general adoptado por los PECL para el cálculo o medida de la indemnización es el del daño subjetivo, que implica que se «tenga siempre en cuenta las específicas circunstancias del concreto dañado»¹⁴³: ya que difícilmente podrá obtenerse la íntegra satisfacción del interés del acreedor lesionado, si no se tienen en cuenta las específicas circunstancias del mismo¹⁴⁴.

La concepción subjetiva del daño supone, en comparación con la teoría de la diferencia, un giro importante; de tener como puntos de referencias dos estados del patrimonio global, uno hipotético y otro real, a hacer depender la

¹⁴² STS de 10 de enero de 1979, ponente D. Jaime De Castro García (RJ 1979, 18). En los mismos términos, entre otras, la de 2 de abril de 1997, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 1997, 2727).

¹⁴³ PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario al artículo 1902 del Código civil», en AA. VV., *Comentarios al Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1990 y 1991. En el mismo sentido SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, op. cit., p. 36.

¹⁴⁴ En el mismo sentido, pero en relación a la responsabilidad extracontractual, NAVEIRA ZARRA, M. M., una vez rechazados los postulados de la teoría de la diferencia y una concepción objetiva del daño afirma «la adopción de una concepción subjetiva de daño que sirva como criterio general para la determinación de la medida de la reparación. De acuerdo con esta concepción, para la determinación de la medida del daño resarcible es preciso tener en cuenta el específico interés humano lesionado. Y esta idea del interés, que está impregnada de un eminente matiz subjetivo, nos obliga a tomar en consideración las concretas circunstancias que rodean al sujeto perjudicado», *El resarcimiento del daño...*, op. cit., p. 69.

medida del daño en la contemplación de «la realidad desde la posición del sujeto dañado, de modo que se tenga en cuenta el nuevo estado de cosas resultante del evento dañoso, pero no en sí mismo considerado, sino con relación al sujeto que resulta afectado por dicho estado de cosas»¹⁴⁵.

El profesor PANTALEÓN PRIETO¹⁴⁶ no sólo se ha limitado a caracterizar el daño como subjetivo, sino también como real-concreto. Ello conlleva que, para la indemnización del daño, no sólo se tendrá en consideración el concreto interés de la parte perjudicada, sino que será indispensable, para obtener una adecuada indemnización de los daños, que se «parta de los singulares factores de daño, cada uno de ellos «daño en sí» (fenómeno real al que no pueden «sacar del mundo» acaeceres hipotéticos), en lugar de disolverlos en una diferencia matemática entre dos situaciones patrimoniales globales, una real y otra hipotética»¹⁴⁷.

Admitido el concepto de daño en sus dos perspectivas subjetiva y real-concreta, se debe advertir que ello no niega la relevancia de la *compensatio lucri cum damno* y las causas hipotéticas del daño, si bien no con la extensión propia de la teoría de la diferencia. Así, la *compensatio lucri cum damno* se admite, pero únicamente respecto de las ventajas o beneficios que se encuentran íntimamente vinculados, o derivados de la misma causa del

¹⁴⁵ NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, op. cit., p. 69. El mismo punto de partida es el tomado en consideración por RAVAZZONI, A., al afirmar que «si tratta soltanto di guardare la realtà –quel momento della realtà fermato dal processo di astrazione- dalla posizione del soggetto danneggiato. Considerare, quindi, lo stato di cose venuto a crearsi, non in se e per se, ma con riferimento al soggetto e delle entità ad esso esterne, considerata dal punto di vista del soggetto stesso. Inoltre, è opportuno notare, come questa esigenza di soggettivazione, in tema di danno, sia pacificamente riconosciuta dalla dottrina. Si è visto come uno degli appunti più gravi recati alla tesi che concepisce il danno come una mera differenza patrimoniale, derivi proprio dalla scarsa considerazione di questo dato», *La riparazione del danno non patrimoniale*, Giuffrè Editore, Milano, 1962, p. 49.

¹⁴⁶ PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario al artículo 1902...», op. cit., p. 1991.

¹⁴⁷ El concepto de daño, a la vez subjetivo y real-concreto, elaborado por PANTALEÓN, también ha sido acogido por Díez-Picazo y Ponce de León, L., *Derecho de...*, op. cit., p. 314; NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, op. cit., pp. 69 a 72; SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, op. cit., pp. 36 y 37; y por YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pp.144 y 145.

perjuicio, por lo que no serían compensables las posibles prestaciones obtenidas por un seguro de daños, accidente o de vida, ni tampoco las prestaciones derivadas de contingencias cubiertas por la Seguridad Social¹⁴⁸.

¹⁴⁸ PANTALEÓN PRIETO, F., «Indemnización», en AA. VV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. III, (dir. Alfredo Montoya Melgar), Civitas, Madrid, 1995, p. 3519. Como pone de manifiesto NAVEIRA ZARRA, M.M., en relación a las cantidades derivadas de la contratación de un seguro de las prestaciones de la Seguridad Social «con la teoría de la diferencia no importaba que, en tales supuestos, las sumas recibidas tuvieran su causa en las primas satisfechas por el perjudicado a la Compañía aseguradora y a la Seguridad Social, respectivamente. Lo único relevante era la comparación entre las dos situaciones patrimoniales globales, de modo tal que si dicha comparación no arrojaba saldo negativo, se excluía la reparación, pues se consideraba que no había existido daño», *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, nota al pie núm. 79, p. 71. Sobre la compatibilidad de las indemnizaciones de la responsabilidad civil y de la Seguridad Social, afirma la STS de 23 de abril de 2009, ponente D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2009, 4140) que ha sido «puesta reiteradamente de manifiesto por la jurisprudencia de la Sala primera del TS para fundar la competencia para el conocimiento en esta vía civil de las acciones de culpa extracontractual deducidas frente al empresario (cf. en tal sentido, con amplia cita de precedentes, las sentencias del Alto Tribunal de 1 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 8365) y 26 de abril de 2002 (RJ 2002, 4162)), lo que no implica que haya de hacerse abstracción, a la hora de cuantificar las indemnizadas en la misma, de las cantidades ya abonadas, basadas en la relación laboral y de Seguridad Social, antes al contrario, deben ser tomadas en consideración dado que todas ellas tienden a lograr idéntica finalidad y no otra que la total indemnidad de los perjudicados. Las acciones civiles y las derivadas de la relación laboral y de la Seguridad Social son así efectivamente compatibles. Pero compatibilidad no quiere decir que sean independientes y autónomas de forma que no pueda tomarse en consideración, a la hora de fijar la indemnización, lo ya percibido en cada uno de estos ámbitos». Para sostener esta afirmación, la sentencia recurrida, con cita de otra de la misma Audiencia y de la de esta Sala antes expresada, considera que «es necesario pasar de una indeseable situación de acumulación no coordinada de indemnizaciones sin base normativa suficiente por cuanto compatibilidad no equivale necesariamente a acumulación descoordinado, a un sistema coherente de complementariedad de las indemnizaciones hasta lograr la reparación integral del daño». En este mismo sentido de la complementariedad de las indemnizaciones reconocidos en la vía laboral y civil, añade la Audiencia, «se ha venido pronunciando la Sala IV del TS, a partir de su conocida sentencia de Sala General de 10 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10501) , reiterada entre otras muchas, en las mas recientes de 8 de abril de 2002 (RJ 2002, 6153) y 21 de mayo de 2003 (RJ 2003, 5030) , en las que partiendo de la regla general de que "el trabajador accidentado o sus causahabientes tiene, como regla, derecho a su reparación integral, así como que las consecuencias dañosas de los accidentes del trabajo no afectan solo al ámbito laboral y a la merma de capacidad de tal naturaleza que pueda sufrir el trabajador accidentado, sino que pueden repercutir perjudicialmente en múltiples aspectos o facetas de su vida personal, familiar o social", proclama que "los perjudicados no deben enriquecerse injustamente percibiendo indemnizaciones por encima del límite racional de la compensación plena", concluyendo así la necesidad de que todas las indemnizaciones reconocidas a favor del trabajador en las distintas vías jurisdiccionales "han de ser estimadas formando parte de un total indemnizatorio". Por ello, «se tienen en consideración las indemnizaciones percibidas por el trabajador actor en la vía laboral y de la seguridad social, sin que a ello obste la circunstancia de que cuando de daños personales y morales se trata no exista en el ordenamiento jurídico un límite indemnizatorio, fuera del ámbito de los causados en accidente de circulación, pues tal ausencia de límite legal no obsta a que, a la hora de fijar la indemnización, se cuantifiquen necesariamente los daños en forma racional evitando lo que podría constituir un enriquecimiento injusto». *Vid.* también las

Por lo que respecta a las causas hipotéticas del daño o causalidad alternativa hipotética, si bien en la teoría de la diferencia se admitía la eficacia exoneradora de responsabilidad de todo tipo de causa hipotética que se ponga de manifiesto antes de que se produzca el pago de la indemnización, PANTALEÓN PRIETO¹⁴⁹ sólo admite tal relevancia exoneradora, cuando se trate de causas hipotéticas que se hubieran puesto de manifiesto al mismo tiempo que la causa real o adelantada, y que, sin haberse producido la misma, o incluso haberse cumplido en sus exactos términos el contrato, también hubiera producido el daño¹⁵⁰. En definitiva, el mismo daño se hubiera producido con independencia de la conducta del deudor. En palabras de SOLER PRESAS, su «incumplimiento no ha incrementado de forma significativa el riesgo de producción del daño -como de hecho no habrá sucedido si en caso de cumplimiento perfecto y en virtud de otro curso causal se habría producido exactamente de la misma manera-, no hay razón alguna, salvo que la norma diga otra cosa, por la que deba pechar el deudor con las consecuencias del mismo»¹⁵¹.

De lo anteriormente expuesto podemos extraer las siguientes conclusiones:

- Los PECL adoptan como criterio general de cálculo o medida de la indemnización, en aras de obtener la plena satisfacción o reparación integral de los daños y perjuicios efectivamente producidos, el del concepto de daño subjetivo y real-concreto, por lo que siempre se tendrán en consideración para el cálculo de la indemnización las concretas circunstancias que concurren en la

SSTS de 4 de octubre de 1982, ponente D. Cecilio Serena Velloso (RJ 1982, 5538); de 9 de marzo de 1983, ponente D. Jaime De Castro García (RJ 1983, 1463); de 12 de abril de 1984, ponente D. Jaime Santos Briz (RJ 1984, 1960) y de 8 de octubre de 2001, ponente D. Francisco Marín Castán (RJ 2001, 7551).

¹⁴⁹ PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario al artículo 1902...», *op. cit.*, pp. 1982 a 1992.

¹⁵⁰ En el mismo sentido NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, p. 71; y por SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, pp. 36 y 37.

¹⁵¹ SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 37.

parte perjudicada¹⁵². Ello supone que, ante un mismo tipo de incumplimiento, los daños que se le irrogen a dos sujetos no tengan necesariamente que coincidir, por no ocasionarles los mismos quebrantos o perjuicios, siempre teniendo en cuenta como límite, en los casos de deudores cuyos incumplimientos no pueden calificarse de deliberados o con negligencia grave, el test de previsibilidad¹⁵³.

- Cuestión distinta será que, una vez establecido el criterio general de cálculo de los daños, el subjetivo y real-concreto, los PECL se sirvan, lo que resulta plenamente compatible con el criterio general descrito, en determinados tipos de incumplimientos, en atención al ejercicio del remedio de la resolución del contrato y al tipo de obligación incumplida, de una serie de mecanismos

¹⁵² Como afirma YZQUIERDO TOLSADA, M., «la labor de medida del daño ha de ser delicada y tener siempre en cuenta la extensión del interés agredido con arreglo a los módulos objetivos y con arreglo también al interés real del sujeto que experimenta la agresión», *Sistema de Responsabilidad Civil...*, op. cit., p. 145.

¹⁵³ En este sentido, afirma DE CUPIS, A., que «respecto al papel que desempeñan las condiciones subjetivas del perjudicado, juzgamos oportuno aducir unos ejemplos. Si ha sido dañado el fundo Corneliano, la medida del daño se obtiene prestando la atención requerida a la pericia y perspicacia de su propietario, ya que su rentabilidad puede aumentarse por el uso de estas cualidades personales por lo que la medida del interés afectado puede exceder del valor medio del mismo fundo. Si se sustrae un Stradivarius a una gran violinista, el perjuicio se mide, no según el valor corriente, aunque sea muy elevado, del Stradivarius, sino con arreglo al valor que tenía para *aquel* violinista, que, por su habilidad artística, estaba en condiciones de obtener una gran audiencia personal...De los ejemplos presentados resulta que la medida del interés puede ser *superior*, incluso de manera sensible, a la medida del bien a que el interés se refiere. Pero también puede acontecer que la medida del interés *coincida* con la medida del bien considerado objetivamente, aunque tan sólo lo sea eventualmente. Sin que se deba excluir que la medida del interés sea inferior a la medida del bien, ya que puede suceder que su dueño no estuviere en condiciones de obtener todos los beneficios que normalmente cualquier persona podría hacerle producir. El interés afectado por el daño, a efectos del resarcimiento, debe ser tomado en su integridad, con toda su consistencia. Es decir, que en el ámbito en que se ha producido el daño jurídico relevante, se debe apreciar el interés con su íntegra consistencia. Por ello debe tenerse en consideración también su *valor en venta*, o en el mercado, por cuanto completa los beneficios del bien y constituye un elemento íntegramente del respectivo interés», *El Daño. Teoría...*, op. cit., pp. 348 y 349. Igualmente, en nuestro Derecho, afirma YZQUIERDO TOLSADA, M., que resulta «interesante introducir en el debate la clasificación, escasamente tratada, y siempre entre líneas, entre *daño común* y *daño propio*. Por daño común se entiende el que experimenta cualquier persona con motivo del incumplimiento de la obligación contractual o del acto dañoso extracontractual. El daño propio es en cambio el que sufre una persona determinada por circunstancias que le son particulares. La falta de entrega por el vendedor de un refrigerador traerá como daño común la diferencia de su valor de reposición si éste hubiera aumentado; pero si el comprador es un comerciante de helados, el daño propio viene determinado por la imposibilidad de realizar su negocio», *Sistema de Responsabilidad...*, op. cit., p. 144.

que coadyuvan a la medida del daño en el sentido indicado. Estos mecanismos de medición del daño vienen representados en los PECL por los precitados artículos 9:506, 9:507 y 9:508, que establecen criterios de cálculo del daño, concretos y abstractos, que a la vez que exoneran a la parte perjudicada de la prueba de los daños, son reflejo del daño mínimo sufrido¹⁵⁴.

- Por lo que respecta al artículo 9:506, la medida del daño viene determinada por la diferencia entre el precio del primitivo contrato que resulta incumplido y el del segundo contrato de reemplazo. Nos encontramos ante una fórmula de cálculo concreta, puesto que responde al específico daño que ha sufrido la parte perjudicada que se encuentra ante la tesitura de tener que celebrar un nuevo contrato y, de esta forma, satisfacer su interés en la venta y en el correspondiente lucro que de ella deriva. Lógicamente, la cuantía del daño se obtiene de la diferencia, que nada tiene que ver con la denominada teoría de la diferencia, entre el precio originario del contrato incumplido y el obtenido por la venta de reemplazo. La operación que se realiza para la obtención de la indemnización supone la comparación de dos situaciones, pero no del patrimonio globalmente considerado, sino sólo en lo que respecta a un contrato en particular. Además, en virtud del inciso final del artículo, y en pro del resarcimiento integral subjetivo de todos los daños efectivamente sufridos, la parte perjudicada tendrá derecho al resarcimiento de cualquier otro daño sufrido como consecuencia del incumplimiento¹⁵⁵.

¹⁵⁴ En nuestro Derecho, DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., afirma al respecto que «en la doctrina y en la jurisprudencia se ha hablado de un sistema de «cálculo abstracto del daño», en aquellos casos en que, dada la naturaleza del negocio y las condiciones económicas generales, puede considerarse que existe un daño mínimo, de manera que la regla general exonera al demandante de toda carga de un cálculo posterior. Como ha señalado A. CARRASCO, el cálculo abstracto exige una norma de Derecho material que, al mismo tiempo que exonera al demandante de la prueba, establezca el criterio del daño mínimo. En nuestro Derecho, es sin duda un sistema de cálculo abstracto el contenido en el art. 1108, que, para las obligaciones pecuniarias, hace equivaler la indemnización de daños y perjuicios a los de intereses», *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, op. cit., p. 788.

¹⁵⁵ En relación a la operación de reemplazo como medida de la indemnización sostienen DíEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., que «es un daño típico en caso de resolución, que como tal está especialmente tratado en los PECL. El art. 9.506 dispone que si la parte insatisfecha ha resuelto el contrato y ha procedido a realizar una operación de reemplazo dentro de un tiempo razonable y en modo razonable, puede obtener la diferencia entre el precio del contrato originario y el del contrato de reemplazo, así como indemnización

- En relación al artículo 9:507, la medida del daño viene determinada por la diferencia entre el precio del contrato que resulta incumplido y el del precio corriente de mercado. Nos encontramos ante una fórmula de cálculo abstracta-objetiva, sin tener en consideración las específicas circunstancias que concurren en la parte perjudicada. Tal resultado, en desacuerdo con la concepción de daño que sostenemos, resulta plenamente paliado por el inciso final del artículo, que, al establecer que la parte perjudicada además tendrá derecho al resarcimiento de cualesquiera otros daños sufridos como consecuencia del incumplimiento, está expresamente acogiendo, en última instancia, el concepto concreto de daño.

- Lo mismo que respecto al artículo anterior, debe predicarse del artículo 9:508, relativo al retraso en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias. La cuantía de la indemnización viene determinada, en primer lugar, ya que pueden existir otros daños igualmente indemnizables (daños suplementarios), por los intereses generados por la suma adeudada, lo que sin duda constituye una medida abstracta del daño. También se deja a salvo la indemnización de otros posibles daños derivados del incumplimiento.

- Por último, decir que las fórmulas de cálculo del daño establecidas en los artículos 9:506, 9:507 y 9:508, en ningún modo suponen una contradicción con el sistema de cálculo subjetivo de los daños aquí sostenido. El sistema concreto del daño del artículo 9:506 y los sistemas de cálculo abstracto de los artículos 9:507 y 9:508, constituyen unas primeras operaciones matemáticas a realizar cuando se cumplan los supuestos de hecho por ellos contemplados, pero no tienen por qué agotar la extensión de la suma indemnizatoria; constituirán el cálculo de la primera, y posiblemente más cuantiosa partida indemnizatoria, pero, como la función básica de la indemnización es la integral satisfacción subjetiva de los daños causados, el inciso final de los tres

de cualquier otro daño indemnizable conforme a esta sección», op. cit., p. 375. En el mismo sentido LANDO, O., BEALE, H., señalan que «la parte que haya incumplido puede resultar también responsable por cualquier otra pérdida que el perjudicado demuestre haber sufrido, p. ej. Los gastos de buscar y organizar un negocio de reemplazo», *Principios de Derecho...*, op. cit., p. 662.

artículos, al establecer expresamente que además serán indemnizables «los daños debidos a cualquier otra pérdida, en tanto puedan indemnizarse con arreglo a esta sección», está dejando perfectamente cubiertos otros daños producidos por el incumplimiento que hayan tenido una negativa repercusión en las específicas circunstancias de la parte perjudicada.

No obstante haber negado la teoría de la diferencia en estado puro, no debemos ser ajenos, a que para el cálculo del lucro cesante, sí se tendrá en cuenta la diferencia existente entre el patrimonio del deudor al haberse producido el incumplimiento y el que tendría de éste no haberse producido.

3.4. La *compensatio lucri cum damno* o computación de beneficios

La compensación de las pérdidas con las ganancias, o también denominada computación de beneficios¹⁵⁶ (el brocardo *compensatio lucri cum damno*¹⁵⁷), tiene como efecto impedir que la parte perjudicada pueda obtener una ventaja o lucro del incumplimiento, y es una consecuencia de la finalidad meramente reparadora de los daños del remedio indemnizatorio¹⁵⁸. La

¹⁵⁶ Considero más adecuada la expresión “computación de beneficios” empleada por DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., quien indica que «cuando el mismo hecho que produce el daño, determina a favor de la misma persona dañada un beneficio o un lucro, surge el problema de decidir si tales lucros o beneficios deben ser tomados en consideración para cuantificar el daño indemnizable. Así lo entendieron por lo general los autores en el Derecho común, que dieron a esta operación el nombre de *compensatio lucri cum damno*, aunque como señala VON THUR, no se trata de establecer una compensación en sentido técnico del crédito indemnizatorio con otro crédito del obligado a indemnizar. Se trata de una pura imputación o consideración de los efectos ventajosos en el momento de llevarse a cabo la valoración del daño, por lo cual puede llamarse imputación de beneficios o computación de beneficios», *Derecho de...*, op. cit., p. 319.

¹⁵⁷ DE CUPIS, A., afirma que «el cómputo de los elementos relevantes para la determinación del contenido del daño resarcible no quedaría completo si no considerásemos también la *compensatio lucri cum damno*. Con esta expresión se designa la disminución proporcional que el *daño* experimenta cuando con él concurre un *lucro* (ventaja), o con otras palabras, la reducción del montante del daño resarcible por la concurrencia de un lucro», *El Daño. Teoría...*, op. cit., p. 327.

¹⁵⁸ De forma muy gráfica indica FISCHER, H.A., que «el ideal, en un régimen de reparación de daños, es que el perjudicado no resulte más pobre ni más rico de lo que sería sin el hecho dañoso. La compensación de beneficios propónese impedir que aquél se lucre indebidamente», *Los Daños Civiles...*, op. cit., p.185. En el mismo sentido DE CUPIS, A., señala

compensación encuentra su justificación en el hecho de que, llevado a sus últimas consecuencias el principio de la reparación integral del daño, y no existiendo la compensación de los lucros con los daños, la parte perjudicada que no reduce los daños sufridos con las ventajas, beneficios o gastos no realizados, obtendría un enriquecimiento sin causa, resultado éste que en modo alguno es el deseado por la indemnización de los daños y perjuicios¹⁵⁹.

Debe advertirse que, ante la disyuntiva sobre si al producirse el incumplimiento del contrato éste además de producir daños también genera beneficios o ventajas a la parte perjudicada que puedan o no ser tenidos en consideración para el cálculo de la suma indemnizatoria, los PECL se han inclinado a favor de dicha compensación o computación de beneficios¹⁶⁰, sin

que «se debe resarcir nada más que el daño emergente y el lucro cesante, o sea, tan sólo el daño realmente causado y no aquel que tal vez se habría podido causar de no haber mediado una ventaja. Y es que, daño no es más que el perjuicio causado a la esfera de interés de un sujeto y si esa esfera experimenta a su vez un detrimento y un incremento, la entidad del daño que realmente soporta -y que es la que jurídicamente hay que considerar-, es la resultante del detrimento e incremento», *El Daño. Teoría...*, op. cit., p. 328.

¹⁵⁹ En este sentido afirma CHENGWEI, L., que «despite the principle of full compensation for harm will lead us to the conclusion that all kinds of loss, suffered by the party and caused by the breach, are recoverable, it seems to be universally accepted that loss should be offset by the gains which the aggrieved party has made due to the non-performance. It is submitted that the second consequence of the principle that damages are compensatory is that an award of damages should not enrich the plaintiff: he cannot recover more than his loss», «Remedies for Non-performance...», op. cit., p. 5. En el mismo sentido DE CUPIS, A., afirma que «si las ventajas no se compensan con los daños, el resarcimiento desorbitaría su función equilibradora de los intereses perjudicados, dado que una vez producido el daño, el perjudicado quedaría restituido a una situación mejor que la que con anterioridad tenía», *El Daño. Teoría...*, op. cit., p. 328.

¹⁶⁰ Por lo que respecta a la admisión de la figura de la *compensatio lucri cum damno* en los PECL, LANDO, O., BEALE, H., afirman que «en general parece aceptarse por todos los ordenamientos que las pérdidas deberán compensarse con las ganancias que el perjudicado haya obtenido como consecuencia del incumplimiento; v. para el Derecho INGLÉS y ALEMÁN *Treitel*, Remedies §§ 149-50; FINLANDIA, *Sevon-Wilhelmsson & Koskela*, 87; Derecho FRANCÉS, Cass. Req. 1 enero 1927, D.H. 27.65; Derecho ITALIANO, Cass. 5 abril 1990 n. 2802 in Mass. Foro It. 1990; ordenamiento GRIEGO, *Georgiadis & Stathopoulos* II arts. 297-298 n. 87-111; ordenamiento PORTUGUÉS, *Telles* 390 y *Costa*, *Obrigações* 688 ss.; Derecho BELGA, *Ronse*, n.519 ss.; BW NEERLANDÉS art. 6.100, y en Derecho ESPAÑOL, STS 17 de febrero de 1925, 19 de noviembre de 1928, 20 de junio de 1953 o 13 de mayo de 1965», *Principios de Derecho...*, op. cit., p. 649.

La *compensatio lucri cum damno* no es admitida expresamente en el articulado de la CISG, lo que no implica que la computación de beneficios sea desconocida en dicho texto, puesto que la indemnización de los daños y perjuicios cumplen una misma función tanto en la CISG como en los PECL, la de reparación de los daños realmente sufridos. Al regular el

que ello sea un obstáculo para continuar negando virtualidad a la teoría de la diferencia, puesto que tal admisión, como se justificará, no se realiza con la amplitud que le es atribuida por dicha teoría¹⁶¹. Aunque nada se establece al

artículo 75 la medida de la indemnización en los supuestos en que la parte perjudicada realiza un negocio de reemplazo, y cifrar la suma indemnizatoria en la diferencia entre el precio pactado en el contrato originario incumplido y el recibido en virtud del negocio de reemplazo, está realizando dicha computación, puesto que a los daños derivados del incumplimiento del primitivo contrato se le restará el lucro obtenido por la segunda venta, incluso puede ocurrir que al realizar el negocio de reemplazo por un precio más elevado que el establecido en el contrato incumplido, la parte perjudicada por el incumplimiento obtenga un mayor lucro que el primitivamente proyectado, por lo que salvo que existan otros daños y perjuicios merecedores de resarcimiento, la parte perjudicada habrá sido beneficiada por el incumplimiento, por lo que no existiría daño alguno que resarcir. Lo mismo debe predicarse respecto de lo establecido en el artículo 76 respecto del precio corriente de mercado.

Por el contrario los PICC sí han regulado expresamente la cuestión de la compensación de las pérdidas con las ganancias en el inciso final del apartado 1º del artículo 7.4.2. al decir que *«este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios»*. Los PICC parten del mismo principio que inspira a la CISG y los PECL: el remedio indemnizatorio tiene una función indemnizatoria y por tanto, en modo alguno se puede tolerar que la parte perjudicada obtenga un enriquecimiento derivado del resarcimiento por el incumplimiento. El comentario al artículo 7.4.2 de los PICC de forma especular al comentario del artículo 9:502 de los PECL establece que *«la parte perjudicada no debe enriquecerse con el resarcimiento por el incumplimiento. Esta es la razón por la que el parágrafo (1) también prevé que el resarcimiento debe tomar en consideración cualquier ganancia que la parte perjudicada hubiera podido obtener por el incumplimiento, ya sea por los gastos que ha evitado (v. gr. al no tener que pagar el costo del alojamiento para el artista que no se presenta a escena), o las pérdidas que evitó gracias al incumplimiento (v. gr. en el supuesto de incumplimiento de un negocio que hubiera ocasionado pérdidas a la parte perjudicada)»*. Ejemplo 5. “A” alquila una máquina excavadora a “B” por dos años, a una renta mensual de 50,000 francos franceses. El contrato se resuelve a los seis meses por falta de pago del alquiler. Seis meses después, “A” logra alquilar la misma maquinaria por 55,000 francos franceses mensuales. La ganancia de 60,000 francos franceses obtenida por “A”, como resultado del nuevo alquiler durante el tiempo que resta del contrato con “B”, o sea un año, deberá ser deducida del monto de la indemnización adeudada por “B”», UNIDROIT, *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, (segunda impresión corregida por el Profesor A.M. Garro), Roma, 2001, p. 202. Considerando acertado en líneas generales el comentario oficial al artículo 7.4.2, no obstante, estimo que cuando alude a *«las pérdidas que evitó gracias al incumplimiento (v. gr. en el supuesto de incumplimiento de un negocio que hubiera ocasionado pérdidas a la parte perjudicada)»*, el ejemplo que pone puede resultar un poco vago, y si no es entendido de forma razonable puede ocasionar una gran inseguridad. Que la parte perjudicada tenga que compensar los daños que ha sufrido con la ventaja, o las no pérdidas que le hubiera supuesto la celebración de un contrato ruinoso, lo considero entrar en la apreciación de suerte de *aleas* que todo contratante debe asumir cuando se anima a contratar. Además, ¿qué criterios se deben seguir para calificar a un negocio como ruinoso? ¿Qué tiempo habrá que esperar para apreciar que tal negocio es ruinoso? Entiendo que tal ejemplo es desafortunado por su imprecisión e inseguridad. Cuestión distinta será que una vez producido el incumplimiento, no habiendo realizado una operación de reemplazo y obtenido la correspondiente indemnización, la parte perjudicada realice una venta a un precio más ventajoso que el establecido en el contrato incumplido.

respecto en el articulado de los PECL, la *compensatio lucri cum damno* es admitida expresamente en el comentario al artículo 9:502, que literalmente dispone que «al calcular los daños y para reducir su importe, la parte perjudicada debe incluir en el cómputo todos aquellos beneficios que permitan disminuir las pérdidas; sólo se pueden recuperar las pérdidas netas, una vez compensadas. Del mismo modo, al calcular los beneficios que no ha recibido el perjudicado, se deben deducir los gastos que hubiera supuesto obtener ese beneficio, a modo de compensación por un ahorro o un dinero que no se ha gastado. Estos beneficios de compensación derivan casi siempre de un negocio sustitutivo celebrado por la parte perjudicada. En cualquier caso, la parte que ha incumplido es quien debe demostrar que el negocio que ha generado beneficios fue en realidad un negocio de sustitución, diferente a un negocio o transacción celebrado con independencia del incumplimiento. Y, por otro lado, estamos ante un gasto o ahorro compensado (en el sentido de dinero que no se ha gastado y que por tanto se ahorra la parte perjudicada), cuando la prestación de la que se ha liberado la parte perjudicada como consecuencia del incumplimiento de la otra parte hubiera supuesto gastos para la primera»¹⁶². El comentario al artículo 9:502 pone como ejemplo de compensación de los daños sufridos con los beneficios obtenidos por el incumplimiento, para así obtener el importe neto de las pérdidas efectivamente sufridas, el siguiente: «O, una empresa constructora que posee unos aparatos que de momento no necesita, decide alquilárselos a H durante un año contra el pago de 1.000 DM al mes. Al cabo de tres meses, como H no paga la renta, O resuelve el acuerdo y recupera los aparatos. Dos meses después, O tiene ocasión de volver a

¹⁶¹ Al respecto, PANTALEÓN PRIETO, F., sostiene que «el concepto de daño de la teoría de la diferencia implica la más amplia admisión de la figura de la *compensatio lucri cum damno*. Ahora bien, una vez que aquel concepto de daño deja de considerarse como algo «obvio» o «natural», y puesto que el ordenamiento debe partir del principio de que todo lucro (como todo daño) debe dejarse en el patrimonio donde se ha producido, salvo que exista una buena razón (no el simple hecho de que haya sido causado por otro) para trasladarlo a un patrimonio ajeno, deja de ser algo «evidente» que, de no admitirse tal *compensatio*, el dañado vendría a enriquecerse injustamente a costa del dañante; y comienza a serlo que el sólo hecho de haber sido causado por una conducta ajena dolosa o negligentemente dañosa, no es «buena razón» para «trasladar todo o parte (si el daño es menor) del lucro al patrimonio del dañante», «Comentario al artículo 1902...», *op. cit.*, p. 1989.

¹⁶² LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 647.

alquilar esos aparatos durante siete meses por una renta de 1200 DM mensuales. O tiene derecho a obtener la renta que se le debía en el momento en que resolvió el primer acuerdo y a una indemnización por daños por los ingresos futuros de rentas no percibidas; pero su demanda respecto de los dos meses de renta perdidos desde la resolución del contrato, i. E. 2.000 DM, se verá reducida en 1.400 DM, que constituyen la renta añadida que percibirá respecto de los siete meses que faltaban por cumplir en el contrato original»¹⁶³. Y sobre la necesidad de que sea la parte que ha incumplido la que tenga que demostrar que el contrato que ha producido beneficios realmente es un contrato de reemplazo, el mismo comentario pone como ejemplo el de: «S, un negociante al por mayor, acuerda vender a B cincuenta toneladas de soja al precio de 300.000 liras la tonelada, a entregar el uno de agosto. En esa fecha, el precio de la tonelada de soja ha bajado a 250.000 liras la tonelada; B incumple su obligación de recoger y pagar la mercancía. Una semana más tarde, S vende a C cincuenta toneladas de soja al precio de 375.000 liras la tonelada. Aunque no se aplicara la regla del precio de mercado (es decir, que los daños respecto de mercancías genéricas disponibles en el mercado se calculan en función de la diferencia entre el precio del contrato y el precio del mercado), salvo que se demostrara que su segundo negocio era un negocio sustitutivo del primero, en su demanda contra B, S no necesitaría computar el beneficio extra obtenido de su venta a C»¹⁶⁴.

Del comentario al artículo 9:502, se extraen dos supuestos básicos de compensación, siempre con el horizonte puesto en la obtención de una suma indemnizatoria neta, en el que a la cuantía de los daños se le haya descontado los beneficios o ventajas obtenidos. Uno, en el que al importe de los daños se les descuenta el de los gastos no realizados o ahorrados; y otro, en el que se les deduzca el lucro obtenido por la realización de una operación de reemplazo, teniendo siempre presente que la carga de la prueba de que el segundo negocio celebrado es de reemplazo y no consecuencia normal del tráfico

¹⁶³ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 647 y 648.

¹⁶⁴ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, op. cit., p. 648.

económico corresponde al deudor. Sin que con ellos se entienda que se agotan las posibilidades de que cualquier otro beneficio obtenido por la parte perjudicada pueda ser también compensado con el del daño. En definitiva, el principio fundamental que se extrae de ambos supuestos, es que la parte perjudicada tiene derecho a ser resarcida íntegramente, pero por el valor neto del daño¹⁶⁵, o daño efectivamente producido, es decir, descontado al daño los posibles beneficios, ventajas y lucros.

Considero, que aun en el supuesto de que no existiera esta referencia expresa a la *compensatio lucri cum damno* en los PECL, la misma es admitida implícitamente por dos motivos principales:

- De la afirmación de que la función del remedio indemnizatorio es meramente reparadora, deriva que el daño resarcido debe ser estrictamente el daño efectivo, sin que quede ninguna fisura a la posibilidad del enriquecimiento sin causa.

- De la contemplación en los artículos 9:506 y 9:507, de que la medida del daño se cifra en la diferencia con el negocio de sustitución, y con el precio corriente de mercado, difícilmente puede encontrarse justificación a tales preceptos, sino partiendo de que implícitamente se están compensando las posibles ventajas obtenidas por tales operaciones con los daños sufridos por el incumplimiento.

Antes de emitir una apresurada conclusión sobre cuál es el alcance de la *compensatio lucri cum damno* en los PECL, si bien ya hemos referido que dicho alcance no es ilimitado, lo que lógicamente exige una mayor concreción,

¹⁶⁵ Al respecto afirma SOLER PRESAS, A., que «los sistemas latinos, por su parte, no han dado a la *compensatio* mayor contenido que la exigencia de un cómputo neto del daño que evite la sobrecompensación del acreedor. Salvo en una lamentable ocasión, nuestros tribunales no han considerado que el hecho de haber sido favorecido por el incumplimiento constituya una razón suficiente para desplazar un lucro obtenido por el acreedor al deudor, descontándolo de la indemnización», «La indemnización por resolución...», *op. cit.*, pp. 12 y 13.

considero indispensable acudir al DCFR para estudiar cómo ha contemplado la cuestión de la *compensatio*¹⁶⁶.

El DCFR, en la misma línea seguida por los PECL, no contempla en su articulado la compensación de las pérdidas con las ganancias, pero en el comentario de su artículo III- 3:702¹⁶⁷, de forma especular a los PECL, dispone que, mediante la indemnización de daños y perjuicios, se persigue la obtención de una suma resarcitoria equivalente al daño o a las pérdidas netas y a los beneficios o lucros netos dejados de percibir, lo que conlleva la realización de dos operaciones. La primera, dirigida a deducir de las pérdidas sufridas por el incumplimiento los beneficios obtenidos por el mismo. Y la segunda, al calcular los beneficios que el acreedor ha dejado de percibir, se le deben deducir los costes que habrían originado la obtención de los mismos y que no se han tenido que satisfacer. En definitiva, se configuran los gastos que hubieran supuesto obtener esas ganancias como un ahorro que debe ser compensado con las ganancias frustradas.

De la comparación del tratamiento otorgado por ambos textos a la *compensatio lucri cum damno*, se aprecia cómo el DCFR ni ha desarrollado ni añadido nada nuevo a lo ya previsto por los PECL.

¹⁶⁶ En este sentido SOLER PRESAS, A., afirma que «convendría que en el desarrollo de los PECL que pretende el DCFR se explicitara este limitado alcance de la “compensación de ventajas” evitando así el riesgo de que en la práctica se le otorgue una eficacia mayor», «La indemnización por resolución...», *op. cit.*, p. 13.

¹⁶⁷ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and...*, *op. cit.*, p. 925: «the creditor must bring into account in reduction of damages any compensating gains which offset the loss; only the balance, the net loss, is recoverable. Similarly, in computing gains of which the creditor has been deprived, the cost which would have been incurred in making those gains is a compensating saving which must be deducted to produce a net gain. Compensating gains typically arise as the result of a cover transaction concluded by the creditor. But it is for the debtor to show that the transaction generating the gains was indeed a substitute transaction, as opposed to a transaction concluded independently of the default. A compensating saving occurs where the future performance from which the creditor has been discharged as the result of the non-performance would have involved the creditor in expenditure».

Si, como se ha dicho, el concepto de daño adoptado por los PECL no se adecua a los postulados de la teoría de la diferencia¹⁶⁸, la admisión en el comentario del artículo 9:502 de la *compensatio lucri cum damno* hasta sus últimas consecuencias, podría parecer una contradicción. Por ello estimo que a dicha compensación debe atribuirse una eficacia limitada; sólo podrán ser compensadas cuando entre perjuicios y ventajas exista un estrecho vínculo causal, o, como indica DÍEZ-PICAZO, en sede de derecho de daños, «cuando daño e incremento patrimonial dependen del mismo hecho ilícito y se presenten como efectos de un mismo hecho que tenga por sí solo idoneidad suficiente para determinarlos»¹⁶⁹. Considero que dicha inclusión es innecesaria. Si el propósito de la Comisión con la referencia a la *compensatio* es que el ejercicio del remedio indemnizatorio no conlleve aparejado un enriquecimiento de la parte perjudicada, y sólo la obtención del daño efectivamente producido, tal objetivo se consigue sobradamente desde el mismo momento en que se afirma como principio básico de la indemnización el meramente resarcitorio. Además, si, como se ha sostenido, sólo pueden ser indemnizables los daños que sean ciertos y efectivos, a ello sólo se podrá llegar deduciendo a los daños producidos las ventajas que el incumplimiento haya reportado al acreedor, sin que ello pueda llevarnos a la aceptación de una ilimitada compensación de todos los beneficios más o menos remotos causalmente con los daños¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Como indica SOLER PRESAS, A., «la exigencia de la compensación de cualquier posible ventaja que hubiera obtenido el acreedor con ocasión del incumplimiento es consecuente con un concepto de daño ya superado: el preconizado por la Teoría de la Diferencia de F. MOMMSEN», «La indemnización por resolución...», *op. cit.*, p. 11.

¹⁶⁹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de...*, *op. cit.*, p. 319.

¹⁷⁰ Así ha sido puesto de manifiesto para nuestro Derecho por ROCES, W., al afirmar que «si el daño, como dicho queda, ha de ser real y efectivo, claro es que sólo podrá apreciarse deduciendo el valor patrimonial de las ventajas que el propio acto dañoso acarree a la persona interesada. Sólo la diferencia podrá considerarse en Derecho «pérdida sufrida» o ganancia dejada de obtener». No necesitaba la ley, en este punto, más explícitas normas. Es este uno de tantos corolarios que la doctrina y la práctica judicial han de encargarse de desprender de los preceptos de principio que el Código estatuye», «Breves acotaciones sobre el régimen de reparación de daños en el Derecho español», a la obra de FISCHER, H. A., *Los Daños Civiles y su reparación*, Traducido del alemán con concordancias y un Apéndice sobre el Derecho español por W. Rocés, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1928, p. 292.

Por otro lado, resulta por lo menos llamativo que en el comentario del artículo 9:502 se utilice la expresión *computation of loss and gains*, y en las notas la de *compensatio lucri cum damno*¹⁷¹. Estimo que una correcta interpretación de tal dualidad de expresiones puede obedecer a que los PECL, en su comentario, quieren hacer referencia a que la suma indemnizatoria debe referirse única y exclusivamente a los daños efectivamente producidos y a las ganancias netas dejadas de obtener como consecuencia del incumplimiento y, en modo alguno, están refiriéndose a la *compensatio lucri cum damno* tal y como ha sido tradicionalmente concebida por los defensores de la teoría de la diferencia. Lo que, insisto, no es más que la necesidad de calcular un montante indemnizatorio que sea fiel reflejo de los daños ciertos y efectivamente producidos. En cambio, la referencia en las notas a la *compensatio lucri cum damno*, no es más que una expresión identificadora de cómo se ha tratado la cuestión en los Derechos tomados como referencia.

Por último, debe advertirse que en nuestro Derecho la figura de la *compensatio lucri cum damno* ha sido fuertemente criticada por un amplio sector doctrinal¹⁷², y su refrendo jurisprudencial se ha limitado, en sede de responsabilidad extracontractual, a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1981, que permitió la compensación de los daños ocasionados por la ruina provocada en un edificio, como consecuencia de la colisión de un camión, con el lucro obtenido por la posterior venta del solar tras la demolición del edificio a un tercero, calculado en el 25% del valor del edificio si hubiera sido reconstruido¹⁷³.

¹⁷¹ No ocurre lo mismo en el DCFR, que en el comentario al artículo III-3:702 emplea la expresión *computation of losses and gains* y en sus notas de Derecho comparado la de *loss to be offset by gains*.

¹⁷² Vid., por todos DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de...*, *op. cit.*, p. 319 a 322; PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario al artículo 1902...», *op. cit.*, p. 1991 y SOLER PRESAS, A., «La indemnización por resolución...», *op. cit.*, pp. 11 a 13.

¹⁷³ SSTS de 15 de diciembre de 1981, ponente D. Carlos de la Vega Benayas (RJ 1981,5157), que declara no haber lugar al recurso interpuesto, confirmando la sentencia de la Audiencia, con la siguiente argumentación: «...la demolición del inmueble afectado por el accidente, lejos de irrogar perjuicios a los demandantes, les ha supuesto muy sustanciosos beneficios significados por la compensación de la venta del inmueble solar a un tercer constructor, calculados en un 25 % del valor del nuevo edificio ya construido (72.300.000 ptas),

4. LOS TIPOS DE DAÑOS Y PERJUICIOS QUE SE INTEGRAN DENTRO DEL CONCEPTO DE DAÑO INDEMNIZABLE: EL ÁMBITO DEL RESARCIMIENTO

4.1. Introducción: los tipos de daños indemnizables

La cuestión que abordamos en este epígrafe es la determinación del daño resarcible, el problema de su comprensión. Es decir, cuáles son los tipos o clases de pérdidas que se comprenden dentro del concepto de daños y perjuicios resarcibles en los PECL, y por tanto merecedores de la correspondiente indemnización.

Con carácter previo al análisis de las distintas partidas que se integran dentro del daño indemnizable, debemos hacer hincapié en el significado conjunto de los párrafos segundos de los artículos 9:501 y 9:502 con el artículo 9:503, relativo al test de previsibilidad¹⁷⁴. Los párrafos citados, junto a la

del que recibieron dos viviendas nuevas y otras sumas complementarias, que las actoras no niegan, lo cual le lleva a la conclusión de valorar el real perjuicio sufrido en los términos que la sentencia indica, en cantidad notablemente inferior a la solicitada. Que si se tiene en cuenta, como es natural y correcto, que la finalidad de la reparación que al perjudicado concede el art. 1902 del C. Civ. es la de que aquél quede justamente resarcido, acercándose la indemnización, dentro de lo posible, a restaurar el estado de las cosas a la situación anterior al evento dañoso -SS. De 6 de diciembre 1912, 9 abril 1913, 26 junio 1913, etc-, habrá que concluir, como lógico corolario, que el perjudicado no podrá recibir más que el equivalente del daño efectivo y que, en su caso, de haber obtenido alguna ventaja ésta habrá de tenerse en cuenta al cuantificar aquel resarcimiento («compensatio lucri cum damno»), siempre, que por supuesto, que exista relación entre el daño y la ventaja, según la opinión de autorizada doctrina, lo cual, en definitiva, no es más que la aplicación del tradicional y siempre vigente principio de la prohibición de enriquecimiento injusto». *Vid.*, CARRASCO PERERA, A., *Derecho de...*, *op. cit.*, pp. 1168 y 1169.

¹⁷⁴ La estrecha relación entre lo regulado por los artículos 1106 y 1107 de nuestro Código se pone de manifiesto en la CISG, cuyo artículo 74 al disponer que «*la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato*» concede una redacción conjunta a la cuestión de la descripción de

inclusión, vía comentario al artículo 9:502 de los daños indirectos, establecen cuáles son los tipos de pérdidas que pueden ser indemnizadas al perjudicado, abordando el problema de la comprensión, del contenido y de la determinación de qué daños son los indemnizables. Por el contrario, el artículo 9:503 responde a la cuestión de la extensión de los daños indemnizables, de cuáles de las pérdidas sufridas se encuentran en relación causal con el incumplimiento, o lo que es lo mismo, hasta qué perjuicios debe responder el que incumple el contrato, dependiendo dicha extensión de actuar el incumplidor de forma deliberada o gravemente negligente o no. Siguiendo las reflexiones de CARRASCO PERERA respecto de los artículos 1106 y 1107 del Código civil¹⁷⁵, el artículo 9:503 establecería una concreción de la serie de daños que resultarían imputables al incumplimiento del deudor, y dentro de la serie de daños imputables al deudor es donde operan los párrafos segundos de los artículos 9:501 y 9:502, estableciendo el principio de reparación integral del daño. Éstos dibujan las partidas que se integran dentro del daño resarcible y aquél limita las que resultan imputables al deudor incumplidor. De ello deriva que el artículo 9:503 deba ser comprendido con carácter previo a los párrafos que venimos comentado¹⁷⁶.

las partidas del daño indemnizable y de la delimitación de la serie causal de los mismos, si bien no contemplan en su articulado las cuestiones de los daños morales y los futuros.

¹⁷⁵ Esta misma relación es puesta de manifiesto en nuestro Derecho, respecto de los artículos 1106 y 1107 del Código civil. Señala DE ÁNGEL YÁGUEZ, R., que «lo que ocurre es que el 1.106 se refiere a la determinación de qué daños son los indemnizables, mientras que 1.107 responde a la pregunta de cuál es el límite causal de los daños objeto de indemnización, es decir, hasta qué consecuencias dañosas responde el deudor, habida cuenta que entre el incumplimiento, el cumplimiento defectuoso o el tardío y las últimas consecuencias lesivas sufridas por el acreedor puede existir un encadenamiento o curso causal que obliga a plantearse la cuestión de la extensión del daño resarcible», «Comentario a los artículos 1.106 y 1.107 del Código Civil», en AA. VV., *Jurisprudencia Civil Comentada, Código Civil*, Tomo II, (dirigido Miquel Pasquau Liaño), Comares, Granada, 2000, p. 45. También al respecto se pronuncia CARRASCO PERERA, A., afirmando que «el art. 1106 CC determina cuáles son las partidas del daño resarcible, a saber «no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor». El art. 1107 CC describe el ámbito material de los daños resarcibles que se han de imputar al deudor, y comprenderse en el resarcimiento debido, distinguiendo entre el deudor no doloso, el cual responde de los daños «previstos o que hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento», y el deudor doloso, que estará sujeto a resarcir «todos (los daños) que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación»», *Derecho de...*, *op. cit.*, p. 1163.

Los PECL no se conforman con establecer el principio de reparación integral del daño, sino que en su propio articulado descienden a la concreción de qué tipos de pérdidas serán resarcidas como daños indemnizables, lo que sin duda aporta una mayor concreción y claridad al principio de partida enunciado, delimitando el contenido propio de la indemnización. Una vez afirmado el criterio general de cálculo de los daños y perjuicios en el párrafo primero de su artículo 9:502, el párrafo segundo dispone que *«la indemnización por daños comprende las pérdidas efectivamente sufridas por la parte perjudicada y las ganancias que haya dejado de obtener»*. Pero tal concreción no se agota aquí, ya que también el párrafo segundo del artículo 9:501 dispone que *«las pérdidas que cubre esta indemnización incluyen: (a) Pérdidas no pecuniarias. (b) futuras pérdidas que se darán previsible y razonablemente»*. Considero que tal vez hubiera sido más acertado desde un punto de vista sistemático, que el artículo 9:501 se hubiera limitado sólo a establecer los presupuestos del derecho a la indemnización de los daños y perjuicios y concentrar en el artículo siguiente, el 9:502, junto al principio de reparación integral del daño, las distintas partidas que se integran dentro del daño indemnizable. Así, el tenor literal que estimo más adecuado hubiera sido que *“la indemnización por daños y perjuicios consiste en general en un importe que coloque a la parte perjudicada en una posición lo más próxima posible a la que hubiera disfrutado de haberse ejecutado correctamente los términos del contrato. La indemnización por daños comprende las pérdidas efectivamente sufridas por la parte perjudicada y las ganancias que haya dejado de obtener. Así como las pérdidas no pecuniarias y futuras pérdidas que se darán*

¹⁷⁶ CARRASCO PERERA, A., afirma en relación a los artículos 1106 y 1107 que «la duplicidad de normas que hoy constituyen los arts. 1106 y 1107 CC puede llevar a algún equívoco si se aceptara sin más la expresión textual del artículo 1106, *in fine*, de que el artículo 1107 es una «salvedad» a lo dispuesto en aquél. No hay tal cosa. El art. 1107 CC es una determinación de la serie de daños imputables al deudor. Dentro de esta serie de daños es donde actúa el art. 1106 CC, y establece que, dentro del límite del daño imputable, rige la regla de indemnización de todo daño emergente y todo lucro cesante (*full damages rule*). Mientras el art. 1106 CC describe las partidas del daño resarcible, el art. 1107 CC delimita la serie de los mismos que estarán a cargo del deudor. La norma del art. 1107 CC es, lógicamente, de comprensión previa a la del art. 1106 CC», *Derecho de...*, *op. cit.*, p. 1164.

*previsible y razonablemente*¹⁷⁷. Y ello sin olvidar que en el comentario al artículo 9:502 se establece expresamente que «*el perjudicado puede percibir el importe de aquellas pérdidas que resulten de determinadas circunstancias particulares, siempre que sean previsibles en el sentido del artículo 9:503. En la práctica anglo-americana esas pérdidas se denominan «consequential loss» (pérdidas subsiguientes o consiguientes o pérdidas derivadas)*». En definitiva,

¹⁷⁷ La misma crítica sistemática puede realizarse de los artículos III-3:701 y III-3:702 del DCFR. Así, el primero de ellos dispone que «(1) *The creditor is entitled to damages for loss caused by the debtor's non-performance of an obligation, unless the non-performance is excused. (2) The loss for which damages are recoverable includes future loss which is reasonably likely to occur. (3) "Loss" includes economic and non-economic loss. "Economic loss" includes loss of income or profit, burdens incurred and a reduction in the value of property. "Non-economic loss" includes pain and suffering and impairment of the quality of life*». Siendo el tenor literal del III-3:702 que «*the general measure of damages for loss caused by non-performance of an obligation is such sum as will put the creditor as nearly as possible into the position in which the creditor would have been if the obligation had been duly performed. Such damages cover loss which the creditor has suffered and gain of which the creditor has been deprived*». Pero, además, duplica el DCFR en ambos artículos la referencia al carácter indemnizatorio del daño emergente y el lucro cesante. Igualmente puede predicarse de los PICC, cuyo artículo 7.4.2 dispone que «(1) *La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios. (2) Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional*» y el 7.4.3 que establece que «(1) *La compensación sólo se debe por el daño, incluyendo el daño futuro, que pueda establecerse con un grado razonable de certeza. (2) La compensación puede deberse por la pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad de que acontezca. (3) Cuando la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios no puede establecerse con suficiente grado de certeza, queda a discreción del tribunal fijar el monto del resarcimiento*». La recientemente aprobada Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, en adelante el Reglamento de Compraventa, claramente inspirada en los principios ya consagrados en los PECL y en el DCFR, dispone en su artículo 159 que «1. *El acreedor tendrá derecho a percibir una indemnización por las pérdidas derivadas del incumplimiento de una obligación por parte del deudor, salvo que pueda justificarse el incumplimiento. 2 Las pérdidas futuras que el deudor puede esperar también darán derecho a una indemnización por daños y perjuicios*», siendo el tenor literal del artículo 160 que «*el cálculo de la indemnización por pérdidas ocasionadas por el incumplimiento de una obligación se hará de forma que el acreedor quede en la posición en la que se habría encontrado si se hubiera cumplido debidamente la obligación, o de no ser posible, en una posición lo más parecida posible. La indemnización cubrirá las pérdidas que el acreedor haya sufrido y las ganancias que haya dejado de obtener*». Tal vez resulte prematuro realizar una valoración de la aportación y transcendencia que en la práctica de la Unión Europea tendrá dicha normativa, pero lo que considero un paso hacia tras, habiendo tenido como guías a los PECL y al DCFR, es la no inclusión en su articulado de la referencia al daño no patrimonial.

los PECL¹⁷⁸ otorgan naturaleza resarcitoria a lo que en nuestro Derecho se denominan los “daños indirectos” o “daños de rebote”¹⁷⁹.

De lo anteriormente establecido, y apoyándonos en el concepto de daño que hemos adoptado, cabría ampliar dicho concepto describiendo el daño como cualquier tipo de consecuencia perjudicial, menoscabo o detrimento, ya sea patrimonial o no patrimonial, presente o futuro, directo o indirecto, que sufre una parte contratante derivada de un incumplimiento injustificado del contrato¹⁸⁰.

Por tanto, el concepto de daños y perjuicios que acogen los PECL es omnicompreensivo, es decir, son susceptibles de protección tanto las cosas materiales -pérdidas pecuniarias o daños patrimoniales-, como los denominados bienes de la personalidad -pérdidas no pecuniarias o también denominados daños morales-, entre los que se encuentran, entre otros, la

¹⁷⁸ El mismo método de extensión de la naturaleza resarcitoria a los daños indirectos es el empleado por el DCFR, que expresamente en el comentario del artículo III-3:702, de forma especular a la del artículo 9:502 de los PECL, dispone que «in addition to the primary claim for loss of what was due (that is, the loss which any creditor would be likely to suffer the non-performance) the creditor can recover for foreseeable loss resulting from the particular circumstances. Such loss is sometimes termed “consequential loss”», STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and...*, op. cit., p. 924.

¹⁷⁹ Los daños indirectos serán estudiados en el epígrafe: 4.6. Los daños directos e indirectos.

¹⁸⁰ En nuestro Derecho, por lo que respecta a las partidas integrantes del daño resarcible, el artículo 1106 disponiendo que «*la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes*» hace alusión exclusivamente a la naturaleza resarcitoria del daño emergente y del lucro cesante. Considero que la Comisión de Codificación al disponer en el artículo 1207 del PMCC que «*la indemnización de daños y perjuicios comprende no solo el valor de la pérdida que haya sufrido el acreedor, sino también de la ganancia que haya dejado de obtener*» ha dejado pasar la oportunidad de consagrar normativamente, lo que es reiterada jurisprudencia, el carácter indemnizatorio de los daños morales y los indirectos. No obstante debe aplaudirse a la Comisión la novedad, desde un punto de vista normativo, de concretar que «*para la estimación del lucro cesante se atenderá a la probabilidad de su obtención según el curso normal de los hechos y circunstancias*», lo que es consecuencia de la interpretación aperturista de la apreciación del lucro cesante que viene realizando nuestro Tribunal Supremo, y que será abordada en el epígrafe “d) La doctrina jurisprudencial en torno al lucro cesante”.

propia imagen, la libertad, la salud, el honor; bien sean presentes o futuros, bien directos o indirectos.

De lo anterior deriva que, de las partidas que se integran dentro del daño indemnizable, pueda realizarse una triple clasificación, dependiendo del criterio que se tenga en consideración.

a) Atendiendo a la naturaleza del interés protegido, se distingue entre daños patrimoniales y no patrimoniales¹⁸¹. Serán daños patrimoniales los detrimentos o menoscabos que afectan a intereses patrimoniales del perjudicado, a su esfera patrimonial. Por contra, los no patrimoniales son los que afectan a los intereses no patrimoniales, a la esfera personal del perjudicado. También se pueden denominar daños materiales o inmateriales.

b) Tomando como criterio delimitador el espacio temporal en el que se manifiestan los resultados o consecuencias perjudiciales para el acreedor, ya patrimoniales o no patrimoniales, se distingue entre daños presentes y futuros.

c) Por último, la clasificación entre daños directos e indirectos se realiza tomando como punto de referencia que se produzcan en la estricta esfera o ámbito del objeto del contrato o no. También podría definirse el daño directo como el daño inmediato al incumplimiento del contrato, y el indirecto como el mediato o remoto al mismo, ello sin olvidar que ambos tipos de daños se encuentran vinculados con el incumplimiento por el nexo causal.

Debe advertirse, como ya se analizará, que las distintas clasificaciones de los daños son predicables de cualquier de ellos, así, por ejemplo, un daño patrimonial puede ser presente o futuro y directo o indirecto, lo que de forma especular es atribuible al no patrimonial. Lo mismo puede afirmarse de las dos partidas (daño emergente y lucro cesante) que se integran en el daño patrimonial.

¹⁸¹ Sobre la justificación de la empleo de la expresión “daño no patrimonial”, *vid.* posteriormente el epígrafe “g) La superación de la expresión daño moral por la de daño no patrimonial”.

De las distintas clasificaciones de los daños, la relativa a los patrimoniales y no patrimoniales es la que ha sido objeto de un estudio más detenido por la doctrina¹⁸², ya que la mayoría acomete el estudio de la indemnización de los daños contractuales partiendo de tal distinción, obviando, o tratando de manera superficial, ya sea en sede de responsabilidad contractual o extracontractual, las otras formas de clasificar los daños¹⁸³.

4.2. La distinción entre daños patrimoniales y no patrimoniales

Antes de abordar el análisis de las partidas que se incluyen dentro de los daños patrimoniales y no patrimoniales¹⁸⁴, estimo necesario profundizar en la diferenciación entre unos y otros tipos de daños¹⁸⁵.

¹⁸² Entre los autores que han abordado el estudio de los daños patrimoniales y no patrimoniales, *vid.*, entre otros: CARRASCO PERERA, A., *Derecho de...*, *op. cit.*, pp. 1199 a 1219 y 1230 a 1240; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, *op. cit.*, pp. 791 y 794 y *Derecho de...*, *op. cit.*, pp. 95 a 102 y 239 y 240 y 322 a 329; LARENZ, K., *Derecho de obligaciones...*, *op. cit.*, pp. 194, 195, 207 a 211 y 231 a 233; NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, pp. 77 a 166; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, pp. 150 a 166.

¹⁸³ Ya sea en sede de responsabilidad contractual o extracontractual, han tratado el tema de los daños directos e indirectos: LARENZ, K., *Derecho de obligaciones...*, *op. cit.*, pp. 194 y 195; NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, pp. 170 a 182; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, pp. 148 y 149. En la mismas sedes, el problema de los daños presentes y futuros ha sido objeto de estudio por: MOISSET DE ESPANES, L., «Reflexiones sobre el “daño actual” y el “daño futuro”, con relación al “daño emergente” y al “lucro cesante”», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1975, pp. 195 a 204; NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, pp. 166 a 169; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, pp. 149 y 150.

¹⁸⁴ Estimo más correcta la expresión daños no patrimoniales que la de daños morales, si bien ésta última fue la adoptada por nuestro Derecho por influencia de la expresión *dommage moral* del Código francés, no sólo por ser más fiel a la expresión *non-pecuniary loss* empleada por la versión en inglés de los PECL, correctamente traducida en la versión en castellano como *pérdidas no pecuniarias*, e incluso a la de *non-economic loss* empleada por el DCFR, sino fundamentalmente por ser más descriptiva y englobar mejor los diferentes menoscabos o detrimentos a los que hacen alusión. Recuérdese que en el comentario al artículo 9:501 se establece expresamente que «*las pérdidas reparables no se limitan a las pérdidas pecuniarias, sino que pueden cubrir también, por ejemplo, daños o sufrimientos, molestias o la carga psicológica o «daños morales» que el incumplimiento de la prestación suponga para la otra parte*», LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 641. Una adecuada interpretación del comentario debe ser realizada en el sentido de que su

Hemos definido el daño como cualquier tipo de consecuencia perjudicial, menoscabo o detrimento, ya sea patrimonial o no patrimonial, presente o futuro, directo e indirecto, que sufre una parte contratante derivada de un incumplimiento injustificado del contrato. Debemos centrarnos, pues, en

enumeración claramente ejemplificativa de a qué se refieren bajo la denominación de daños no patrimoniales, deja abierta la posibilidad de considerar como daño no patrimonial digno de tutela todos los daños y perjuicios que incidan sobre la esfera personal del perjudicado, por lo que es una descripción *numerus apertus* del daño moral. Con mayor contundencia sobre los daños no patrimoniales se muestra el DCFR. El párrafo tercero del artículo III-3:701 comprende, con mayor extensión que la contenida en el artículo 9:501 de los PECL, como daños no patrimoniales el dolor, el sufrimiento y el deterioro en la calidad de vida. Además en el comentario de dicho artículo se prevé como indemnizables de forma meramente ejemplificativa que «*recoverable loss is not confined to economic or pecuniary loss but may cover, for example, pain and suffering, inconvenience, mental distress and any other impairment of the quality of life resulting from the failure to perform*», STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and...*, *op. cit.*, p. 917. En la misma línea aquí sostenida se manifestó DE CUPIS, A., al afirma que «los daños no patrimoniales se llaman frecuentemente «*morales*»; con lo que se traduce la expresión empleada por la doctrina francesa de «*dommage moral*». Nuestro legislador, sin embargo, prefiere emplear «*daño no patrimonial*» (art. 2.059 C. C., 185 C. P.); con lo que ha continuado el ejemplo del Código civil alemán que habla del daño «*der nicht Vermögensschaden ist*» (parágrafo 253, 847, 1.300). Tal expresión es, en efecto, preferible en cuanto sirve mejor para representar íntegramente la categoría a que nos estamos refiriendo», *El Daño. Teoría...*, *op. cit.*, p. 124.

¹⁸⁵ Como ya hemos advertido, tal ha sido la clasificación objeto de mayor atención por nuestra doctrina, justificándose con acierto por NAVEIRA ZARRA, M.M, quien expone que «esta circunstancia guarda relación con la trascendencia práctica que la aludida clasificación presenta frente a las otras, puesto que de la calificación de un daño como patrimonial o no patrimonial va a depender, en gran medida, el recurso a una o a otra forma de reparación, así como los criterios empleados para llevar a cabo la valoración pecuniaria del perjuicio a los efectos de la reparación por equivalente. En efecto, la reparación en forma específica o *in natura* cumple su función primordialmente en el campo de los daños patrimoniales, resultando menos adecuada por lo que a los perjuicios inmateriales se refiere. Ello se explica en razón de la diversa naturaleza de los intereses que constituyen el objeto de una y otra clase de daños. En efecto, consistiendo esta forma de reparación en la compostura, reposición o sustitución del bien o derecho dañado, no hay duda que la misma será mucho más adecuada frente a los perjuicios patrimoniales que frente a los inmateriales, ya que estos últimos afectan, por lo general, a intereses o derechos pertenecientes al intimismo de la persona que los sufre y, por tal razón, suelen resultar irreparables e insustituibles. Por su parte, la reparación por equivalente se admite sin problemas en relación con los daños patrimoniales, mientras que su admisión con respecto a los extrapatrimoniales fue el resultado de una compleja evolución doctrinal y jurisprudencial y, aunque aceptada hoy de modo prácticamente unánime, sigue suscitando cuestiones, como la relativa al modo de proceder a su valoración. La razón de ese inicial rechazo de la reparación pecuniaria de los perjuicios no patrimoniales se basaba en la circunstancia de que, frente los perjuicios materiales, que son susceptibles de una valoración objetiva sobre la base de criterios de mercado, los daños extrapatrimoniales escapan de una valoración directa, ya que los intereses afectados no son, en principio y directamente, traducibles a términos pecuniarios», *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, pp. 78 y 79.

delimitar cuándo se entiende que se ha sufrido un daño patrimonial o no patrimonial.

Resulta necesario conectar el menoscabo o detrimento con el carácter patrimonial o no del interés insatisfecho, es decir, con lo que es objeto del perjuicio. Cuando se produce el incumplimiento de un contrato decimos que se ha lesionado el interés del perjudicado, que debe ser tutelado ante las vulneraciones y quebrantos de sus intereses¹⁸⁶. Cuando hacemos referencia al interés de un contratante, nos estamos situando en la esfera de la satisfacción que una persona espera obtener, satisfacción que se obtiene respecto de algo, y ese algo puede ser un bien material o inmaterial, pero el bien es un mero instrumento para obtener satisfacciones, el bien sirve al interés como presupuesto necesario. Por lo que, ante un menoscabo o perjuicio que produce un daño en la parte perjudicada, tenemos que calificar el tipo de interés. En función de que el interés que sufre el perjuicio sea material o inmaterial, estaremos en presencia de un daño patrimonial o no. Debe quedar claro que lo que otorga carta de naturaleza al daño patrimonial o no patrimonial no es el objeto sobre el que recae el interés, sino el interés mismo. Por lo tanto, estaremos en presencia de un daño patrimonial cuando se haya perjudicado un interés patrimonial y, por el contrario, estaremos ante un daño no patrimonial, cuando el interés vulnerado sea inmaterial y ello con independencia de cuál sea el objeto que produce la satisfacción del interés¹⁸⁷.

¹⁸⁶ En tal sentido afirma NAVEIRA ZARRA, M.M., que «la alusión a los intereses tiene una explicación sencilla, que se desprende de la consideración de que el Derecho no tutela bienes, sino intereses. Por ello, solamente la lesión de un interés ajeno jurídicamente protegido puede llegar a constituir un daño en sentido jurídico. En este punto, se hace preciso señalar que - como ya dejamos apuntado- cuando hablamos de intereses tutelados o protegidos por el Derecho, no sólo aludimos a aquellos que se presentan bajo la forma de derechos subjetivos, sino también a los denominados intereses legítimos e, incluso a las expectativas ciertas y legítimas», *El resarcimiento del daño...*, op. cit., pp. 79 y 80.

¹⁸⁷ Es la idea sostenida por DE CUPIS, A., quien afirma que «...El *objeto del daño* se identifica con el objeto de la *tutela jurídica* y consiguientemente, es siempre un *interés humano*... el objeto del daño en sentido jurídico se configura como *más limitado* respecto al objeto del daño entendido genéricamente; pues que, mientras el objeto del daño genéricamente entendido es *cualquier situación favorable*, que se refiera o no a seres humanos, objeto del daño en sentido jurídico no puede ser más que un *interés humano* jurídicamente tutelado...Reconocido en el interés humano el objeto del daño en sentido jurídico, importa ahora determinar el concepto de interés. Este concepto no se puede concebir

Como se ha afirmado, siguiendo a DE CUPIS, el objeto del daño es el interés vulnerado, y éste, pudiendo ser tanto patrimonial como no patrimonial, obliga a delimitar a qué nos estamos refiriendo con el adjetivo patrimonial, qué notas o características cualifican la patrimonialidad del interés. Describe DE CUPIS la patrimonialidad como «una necesidad económica, por lo que patrimonial es, precisando más, cualquier bien exterior respecto al sujeto, que sea capaz de clasificarse en el orden de la riqueza material -y por esto mismo valorable, por su naturaleza y tradicionalmente, en dinero-, idóneo para satisfacer una necesidad económica»¹⁸⁸. De la anterior descripción se extraen los presupuestos o caracteres que lo configuran, a saber: exterioridad en relación al sujeto que lo padece, valorable en dinero y susceptible de satisfacer una necesidad económica. Si, como ya se ha afirmado, el bien sirve de presupuesto al interés, el patrimonial «consiste en la utilidad que a un determinado individuo puede suministrar un bien patrimonial, es decir, en el beneficio patrimonial considerado en relación a un sujeto. Y daño patrimonial es el daño que tiene por objeto tal interés»¹⁸⁹. Por el contrario, se configuran como bienes extrapatrimoniales aquellos que adolezcan de ser valorables en dinero y no sean susceptibles de satisfacer una necesidad económica, con independencia de que sean exteriores o interiores a una persona. Al respecto, indica NAVIERA ZARRA, siguiendo los postulados de DE CUPIS, que «serán bienes extrapatrimoniales aquellos otros que carezcan de las notas apuntadas, es decir, los que no sean susceptibles de valorabilidad pecuniaria y que no respondan a una necesidad económica. No es preciso, en cambio, que se trate de bienes interiores o inherentes al sujeto, ya que, al contrario, existen bienes exteriores a la persona que sirven a la satisfacción de intereses

si no se explica anteriormente la noción de *bien*, en relación a la cual deviene *complementario* (pues que el bien, de hecho, constituye el *presupuesto* del mismo interés). El concepto de *bien* puede ser fácticamente determinado, considerando que se identifica con todo lo que puede satisfacer una *necesidad*. La *necesidad*, a su vez, es una exigencia, un menester, que proviene de la falta de ciertas cosas por lo tiende a la propia satisfacción y postula, consiguientemente, al *bien*», *El Daño. Teoría...*, *op. cit.*, pp. 107 a 109. La anterior concepción, del daño como patrimonial o no en función de la naturaleza del interés dañado, ha sido también acogida por NAVIERA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, pp. 79 y 80.

¹⁸⁸ DE CUPIS, A., *El Daño. Teoría...*, *op. cit.*, p. 121.

¹⁸⁹ DE CUPIS, A., *El Daño. Teoría...*, *op. cit.*, p. 122.

extrapatrimoniales (v. *gr.*, la obra de ingenio, el animal de compañía por el que se siente cariño, etc.). El interés extrapatrimonial estará constituido así por la utilidad no económica (física, espiritual, intelectual, emocional...) que un bien puede reportar a una persona, de lo cual se desprende que la lesión inferida a este tipo de intereses integrará la categoría de los daños extrapatrimoniales»¹⁹⁰.

Una vez definido el concepto de daño patrimonial y no patrimonial, debemos afirmar que, al no estar vinculados los mismos necesariamente con un perjuicio en un bien patrimonial o no patrimonial, sino en la naturaleza que el interés representa para la parte que lo sufre, de un incumplimiento que cause un detrimento en un bien patrimonial pueden derivar a la vez un daño patrimonial y no patrimonial¹⁹¹. Por ejemplo, pensemos en una prestigiosa empresa de ordenadores que como consecuencia de una partida defectuosa de software realizada por su proveedor pone a la venta unos ordenadores que pronto resultan inoperantes y defectuosos para su uso. Junto a la pérdida de ventas que le puede producir tales defectos, lo que constituiría una sensible pérdida de beneficios y, por tanto, un daño patrimonial, podría producirse una pérdida de prestigio y de nombre comercial, lo que nos situaría en la esfera de los daños no patrimoniales. Un único hecho, los defectos de los materiales del proveedor, provocan la lesión de los dos intereses, el patrimonial y no patrimonial¹⁹². También podría ocurrir a la inversa, un detrimento o menoscabo en un bien no patrimonial puede conllevar la producción de daños no sólo no patrimoniales, sino también patrimoniales. Como ejemplo, podríamos pensar en

¹⁹⁰ NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, p. 81.

¹⁹¹ DE CUPIS, A., *El Daño. Teoría...*, *op. cit.*, pp. 124 y 125.

¹⁹² Lo que ha sido confirmado por la STS de 3 de junio de 1991, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 4407,1991), como consecuencia de los desperfectos producidos en unos cuadros cedidos por su prestigio autor manifestando que «en consecuencia, el problema se centra en que, a partir de un mismo hecho, pueden producirse simultáneamente, daños materiales que repercuten en el patrimonio del perjudicado y son susceptibles de evaluación patrimonial y un daño moral, relacionado o derivado de aquél, que alcanza a otras realidades extrapatrimoniales, bien de naturaleza afectiva, como son los sentimientos, bien referida al aspecto social de la repercusión creadora, y también abarca, en proyección de heterogeneidad, otras situaciones motivadoras de efectivos y trascendentales daños morales».

una modelo de prestigio internacional que durante los preparativos para una sesión de pasarela sufre un corte de tijera por el peluquero que le provoca la pérdida de un ojo. Además de la lesión del interés no patrimonial que le ocasiona la pérdida de visión, podría ocurrir que, como consecuencia del desgraciado accidente de la modelo, no pudiera desempeñar en lo sucesivo su profesión, lo que sin duda le reportará un daño patrimonial, al verse privada de la obtención de los beneficios económicos que su trabajo le permitía.

Al hilo de los ejemplos descritos en el epígrafe anterior, la solución del interés de la persona como objeto del daño, calificando al daño como patrimonial o no patrimonial en sentido estricto, soluciona el problema de los denominados daños patrimoniales indirectos y daños morales impropios¹⁹³. Como daños patrimoniales indirectos se denominan las lesiones que, si bien tenían por objeto intereses no patrimoniales, repercutían a la vez en su patrimonio. El supuesto de la modelo que como consecuencia de sufrir un daño corporal, por la pérdida de un ojo, no puede seguir desarrollando su trabajo. Por el contrario, se habla de daños morales impropios, cuando si bien afectando directamente al patrimonio, también provocan daños inmateriales. Un ejemplo podría ser el sufrimiento y desánimo que padece el señor que tiene un especial cariño por un álbum de fotos con retratos de varias generaciones de todos sus familiares y, que al acordar una nueva encuadernación del mismo, el álbum se destruye como consecuencia de un incendio producido en el taller del señor que lo estaba arreglando, por una negligencia del mismo¹⁹⁴.

¹⁹³ Rechazan, en coherencia con los argumentos expuestos, los denominados daños patrimoniales indirectos y daños morales impropios, GARCÍA LÓPEZ, R., Responsabilidad civil por daño moral, Bosch, Barcelona, 1990, p. 80 y NAVEIRA ZARRA, M.M., El resarcimiento del daño..., *op. cit.*, p. 80

¹⁹⁴ El rechazo de los daños patrimoniales indirectos y daños morales impropios ha obtenido su ratificación jurisprudencial por la STS de 25 de noviembre de 2002, ponente D. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 10274, 2002), sosteniendo, en el litigio surgido entre una modelo y dos entidades mercantiles, como consecuencia de la publicación en una conocida revista de unas fotografías de la señora actora, la tesis ya defendida por GARCÍA LÓPEZ y NAVEIRA ZARRA, de que «carece de toda consistencia -que no se la puede dar el adverbio- tal obligación de reparar que se quiere cobijar al parecer bajo el concepto de «daños morales impropios», pues no hay más daño moral que el que resulte para el estado personal de la víctima la intromisión ilícita en sus derechos de la personalidad. Si esa intromisión tiene repercusiones en su patrimonio, las disminuciones que sufra son daños patrimoniales y como

Por todo lo anterior, debemos concluir, como ha señalado NAVEIRA ZARRA, que «tanto los daños patrimoniales como los extrapatrimoniales pueden estar ligados indistintamente a bienes de una u otra naturaleza porque lo decisivo es el interés afectado, no el bien sobre el que recae directamente el hecho dañoso»¹⁹⁵.

4.3. Las partidas que se integran dentro del daño patrimonial

4.3.1. Daño emergente, lucro cesante y valor de la prestación

Las partidas indemnizatorias que se integran dentro del concepto de daño patrimonial, que serán objeto de estudio a continuación, son el daño emergente, constituido por las pérdidas sufridas en el patrimonio de la parte perjudicada, y el lucro cesante, que aglutina los ingresos o ganancias de las que dicha parte ha sido privada. No obstante lo anterior, debe advertirse que ambas partidas indemnizatorias no tienen por qué concurrir en todos los tipos de incumplimientos, pudiendo darse tres situaciones: que bien exista sólo daño emergente, o bien lucro cesante, o que concurren ambas partidas indemnizatorias.

No obstante esta bipartición entre daño emergente y lucro cesante, hemos considerado adecuado analizar previamente la cuestión de la integración en el concepto de daño indemnizable del valor de la prestación incumplida, que si bien entendemos, como se explicará a continuación, que constituye la primera y más elemental de las partidas que se integran dentro

tal han de ser tratados. La moderna doctrina jurídica abandonó hace tiempo la distinción entre daños con repercusión sólo en la persona física o psíquica de la víctima, y con repercusión también en su patrimonio. La más autorizada sostiene que el daño moral debe reducirse al sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona a consecuencia de lesiones de derechos de la personalidad». Este razonamiento del TS ha sido acogido literalmente por la SAP de Madrid (sección 19ª) de 19 de enero de 2004, ponente D. Ramón Ruiz Jiménez (JUR 251552,2004) y por la del Juzgado de Primera Instancia Número 40 de Madrid de 9 de enero de 2009, magistrado D. Juan José Escalonilla Morales (AC 556,2011).

¹⁹⁵ NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, op. cit., p. 82.

del daño emergente¹⁹⁶, ha sido objeto en nuestro Derecho de dos posturas contrapuestas, entre los autores que sostienen que el valor de la prestación incumplida o *aestimatio rei* discurre por un camino diferente del propio de la indemnización de daños y perjuicios del artículo 1101 del Código civil, y aquellos otros, que entienden no constituye un valor independiente de tal indemnización.

4.3.2. La integración en el concepto de daño indemnizable del valor de la prestación incumplida

Anteriormente, han sido objeto de análisis las cuestiones relativas a si tiene cabida en nuestro Derecho la doctrina del daño *in re ipsa* y si existe o no un doble sistema de responsabilidad contractual. Si bien ya se ha adelantado cuál es la postura que entendemos adoptada por los PECL, considero necesario detenernos ahora en dichas cuestiones con mayor atención, por lo que trataremos de ofrecer una respuesta convincente a los dos interrogantes siguientes: ¿Tiene cabida en los PECL la doctrina del daño *in re ipsa*? ¿Existen en ellos un doble sistema de responsabilidad, uno para la prestación debida y otro para los ulteriores daños, o, por el contrario, existe un único régimen aglutinador de todas las partidas indemnizatorias?

¹⁹⁶ MESSINEO, F., en relación a la valoración del daño directo, ha afirmado que «el concepto de “daño emergente” es concepto fácil de comprender; es el elemento constituido por la prestación que falta, tomada en sí misma», *Manual de Derecho Civil y Comercial, tomo IV, Derecho de las Obligaciones, Parte General*, traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1970, p. 248. También CRISTÓBAL MONTES, A., sostiene que «la pérdida del acreedor es clara, ya que se ha producido la ruptura del *statu quo* por el hecho de que un derecho existente y nítidamente caracterizado ve impedida su actuación en virtud de circunstancias atribuibles al deudor. El resarcimiento del daño consecuente tiene que contemplar en primer término esta realidad, porque la misma constituye el impacto directo que experimenta el acreedor al tener lugar el incumplimiento del vínculo. La pérdida que con más evidencia sufre el titular del crédito viene dada por el hecho de la irrealización del mismo y está constituida genéricamente, escribe Bianca, por la violación del interés del acreedor a la consecución del bien debido y a la consecución de los otros bienes que integran actualmente su patrimonio», *El incumplimiento de...*, *op. cit.*, p. 235.

Acudamos al sistema de remedios articulado por los PECL. Ante un incumplimiento injustificado del contrato, la parte que lo sufre tiene derecho a ejercitar la pretensión de cumplimiento, suspender el cumplimiento, la resolución del contrato, la reducción del precio de la prestación y la indemnización de los daños y perjuicios. En los Capítulos 8 y 9 de los PECL no se establece una jerarquía entre los diferentes remedios; la parte que sufre el incumplimiento podrá acudir a cualquier remedio sin que exista un orden preestablecido, y ello siempre y cuando se den los presupuestos necesarios para poder ejercitarlos. Siendo cierto que los diferentes remedios se encuentran situados en un mismo plano, sin que exista una jerarquía entre ellos, también debe tenerse presente que la parte perjudicada por el incumplimiento en la elección y ejercicio de los remedios debe actuar de conformidad con el principio de la buena fe.

Pongamos un ejemplo: un fabricante de lavadoras celebra un contrato el día 5 de enero con el propietario de una tienda de electrodomésticos, en virtud del cual el día 31 de enero deberían entregarse 100 lavadoras al precio de 90 euros la unidad y el pago se efectuaría el día 15 de enero, habiéndole manifestado el comprador al fabricante su interés en disponer en dicha fecha de las lavadoras, ya que las tiene todas reservadas para su adquisición por unos clientes al precio de 180 euros y tiene que ponerlas a su disposición el día 15 de febrero. Llegado el día del pago, la tienda de electrodomésticos cumple con su obligación, y posteriormente, el día 31, el fabricante no realiza la entrega de las lavadoras como se había acordado. Tal entrega tampoco se lleva a cabo el día 15 de febrero, lo que le supone la pérdida de las reservas. Ante tal incumplimiento del contrato, el propietario de la tienda de electrodomésticos acude al despacho de su abogado y le comenta la situación en la que se encuentra. Su abogado le informa del abanico de remedios que los PECL le ofrecen ante tal situación. ¿Cómo tendría que proceder el letrado? Si su cliente le manifiesta que ya no le interesan las lavadoras, lo normal sería ejercitar la resolución del contrato, siempre que concurra un incumplimiento esencial y de forma cumulativa la indemnización de los daños y perjuicios. En tal caso la suma resarcitoria sólo sería comprensiva de los ulteriores daños que el incumplimiento le ha provocado, es decir, el daño emergente constituido por

los gastos satisfechos al despacho del abogado y el lucro frustrado comprensivo de los 90 euros de ganancia que le reportarían la venta de cada lavadora, lo que haría un total por lucro frustrado de 9.000 euros, pero en ningún caso el equivalente pecuniario de la prestación incumplida. Otra opción sería que aún le interese la entrega de las lavadoras, por lo que ejercitaría la pretensión de cumplimiento y de forma cumulativa la indemnización de daños por los ulteriores daños, por lo que el valor de la prestación no sería una partida indemnizable, siempre y cuando la acción de cumplimiento haya devenido eficaz. Si al pretender el cumplimiento el acreedor no obtiene las lavadoras, bienes fungibles que «en el tráfico se tratan como cosas homogéneas y equivalentes, por lo que son perfectamente sustituibles entre sí»¹⁹⁷, ¿se integraría su valor como una partida indemnizable más? Otra posibilidad sería, puesto que de los PECL no parece desprenderse lo contrario, que la parte acreedora acuda directamente a la indemnización de los daños y perjuicios, lo que tendría que ser conforme al ya indicado principio de buena fe, en cuyo caso, ¿el valor de la prestación incumplida sería una partida indemnizatoria más?

Considero que la respuesta a los anteriores interrogantes vendría determinada por el hecho de que en los PECL el daño es comprensivo de todos los menoscabos sufridos por el acreedor, incluyendo, por tanto, el daño consistente en la no percepción de la prestación debida, como de los ulteriores daños sufridos por el acreedor. Por tanto, la indemnización de daños tiene que comprender, en primer término, el daño *propter rem ipsam nom habitam*, o lo que es lo mismo, el valor de la prestación incumplida, así como los ulteriores daños producidos¹⁹⁸.

¹⁹⁷ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, duodécima edición, Tecnos, Madrid, 2012, p. 395.

¹⁹⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L., ET ALII, afirman que «la pérdida sufrida comprende, en primer lugar, el daño *propter rem ipsam nom habitam*, es decir, el valor de la prestación no realizada (o el complemento en la realizada defectuosamente), así como el producido por destrucción o deterioro de la cosa propiedad del acreedor objeto de la obligación de conservar o restituir; pero también los gastos hechos por el acreedor que el incumplimiento torna inútiles», *Elementos de Derecho Civil II...*, *op. cit.*, p. 207. Al respecto CRISTÓBAL MONTES, A., manifiesta que «el acreedor no recibe la prestación a que tiene derecho porque la misma ya no es

De la anterior afirmación derivará que sólo cuando la prestación no haya podido ser satisfecha mediante el ejercicio del cumplimiento específico, y la parte acreedora no haya optado por la resolución contractual, el mero hecho del incumplimiento y su prueba serán suficientes para que el acreedor tenga derecho al equivalente pecuniario de la prestación incumplida.

En relación a las cuestiones que venimos planteando, DíEZ-PICAZO *et alii* manifiestan, en relación a los PECL, que «el incumplimiento en sí mismo no constituye daño resarcible»¹⁹⁹. Si bien, posteriormente, añaden que «cuando se incumple una obligación de dar o de restituir el acreedor, en la medida en que se mantiene el vínculo, tiene derecho al valor de la cosa o *aestimatio rei*. El contenido primario o básico del crédito reside en la propia cosa o, sustitutoriamente, su valor. En los PECL la *aestimatio rei* no se enmarca en una figura diferente de la propia indemnización; sino que constituye una posible partida en la indemnización de los daños. Como partida indemnizatoria, sólo será oportuno aplicarla en algunos casos. Exige el que no se haya optado por la resolución, que el contenido de la obligación esté estrechamente ligado a la adquisición o restitución de un bien, y no a otra finalidad distinta, en la que el bien sea un mero instrumento»²⁰⁰. Considero que una adecuada interpretación de tales afirmaciones no puede llevarnos a la conclusión de que estamos ante

susceptible de verificación, y ello determina, como es natural, la producción de una pérdida patrimonial que debe ser resarcida precisamente porque semejante acontecer es imputable al deudor. El daño emergente naturalmente en razón de que algo que existía se esfuma, de que algo con lo que se contaba se frustra, de que algo que se tenía se pierde, esto es, en cuanto constituye, según Barassi, la disminución de una utilidad que ya estaba adquirida por el patrimonio. La pérdida del acreedor es clara, ya que se ha producido la ruptura del *statu quo* por el hecho de que un derecho existente y nítidamente caracterizado ve impedida su actuación en virtud de circunstancias atribuibles al deudor. El resarcimiento del daño consecuente tiene que contemplar en primer término esta realidad, porque la misma constituye el impacto directo que experimenta el acreedor al tener lugar el incumplimiento del vínculo. La pérdida que con más evidencia sufre el titular del crédito viene dada por el hecho de la irrealización del mismo y está constituida genéricamente, escribe Bianca, por la violación del interés del acreedor a la consecución del bien debido y a la consecución de los otros bienes que integran actualmente su patrimonio», *El incumplimiento de...*, *op. cit.*, p. 235.

¹⁹⁹ DíEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 375.

²⁰⁰ DíEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 375.

manifestaciones contradictorias, sino todo lo contrario. Debemos extraer las siguientes conclusiones, que estimo correctas:

1) Que el incumplimiento no genera por sí mismo daños, se refiere a los daños ulteriores, a los que son consecuencia del incumplimiento distintos de la prestación debida, y de los que deben predicarse siempre los requisitos de ser ciertos y reales y que el mero hecho del incumplimiento no los presume.

2) Por lo que respecta a la prestación debida o *aestimatio rei*, no es que se trate propiamente, -siempre en el entendimiento de que nos estamos refiriendo a los supuestos en que no es posible obtener el cumplimiento específico-, de un daño incierto o sin prueba, sino que estaríamos ante un daño que no exige el mismo tipo de certeza y prueba que los ulteriores. O mejor dicho, que su certeza y prueba deriva de la misma acreditación por parte del acreedor perjudicado de que el contrato ha sido incumplido.

3) Por tanto, de lo anterior, se debe concluir que en los PECL el cumplimiento por equivalente o *aestimatio rei*, no constituye un sistema de responsabilidad contractual paralelo al del *id quod interest*, sino que aquél se encuentra incluido como una partida más en la indemnización del *id quod interest*.

En virtud de lo expuesto, a los interrogantes planteados: ¿Tiene cabida en los mismos la doctrina del daño *in re ipsa*? ¿Existe en ellos un doble sistema de responsabilidad, uno para la prestación debida y otro para los ulteriores daños, o por el contrario, existe un único régimen aglutinador de todas las partidas indemnizatorias?, debe responderse que los PECL se manifiestan a favor de la doctrina del daño *in re ipsa*, limitada al valor de la prestación y sólo en los casos posibles, y que sólo existe un sistema de responsabilidad contractual²⁰¹.

²⁰¹ En este sentido MORALES MORENO, A.M., *La Modernización...*, op. cit., p. 51 y nota al pie núm. 100.

Lo anteriormente afirmado nos plantea una duda: ¿qué función cumple la indemnización de daños y perjuicios en los PECL? O, en otros términos, ¿cumple la indemnización más de una función? ¿Podría pensarse que la indemnización, en los supuestos en los que el valor de la prestación incumplida es una partida indemnizatoria más, tiene una función de reintegración, de cumplimiento por equivalente? Considero acertada la respuesta dada en relación a nuestro Derecho por PANTALEÓN PRIETO²⁰², que estimo también predicable de los PECL, al sostener que «la función de la responsabilidad contractual es puramente indemnizatoria. No tiene una función preventivo-punitiva: no trata de castigar los incumplimientos para así desincentivarlos. Tampoco tiene, ni siquiera en los casos de imposibilidad sobrevenida de la prestación, una función de «reintegración por equivalente, del derecho de crédito lesionado» (*rechtsverfolgende Funktion*): la indemnización a pagar por el deudor responsable no es, ni en todo (*id quod interest*) ni en parte (*aestimatio rei*), un subrogado de la prestación devenida imposible; el pago de aquélla al acreedor no es un «cumplimiento por equivalente» de la obligación originaria -a la que la lógica (¿y el art. 1.156.II CC?) exige considerar extinguida-, sino cumplimiento, sin más de la obligación de resarcir (en su caso, *in natura*) los daños causados al acreedor, nacida *ex novo* del supuesto de hecho de la responsabilidad contractual»²⁰³.

²⁰² PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad..., *op. cit.*, pp. 1020 y 1021

²⁰³ En el mismo sentido de considerar el valor de la prestación incumplida como una partida más integrada en el monto indemnizatorio se manifiesta CARRASCO PERERA, A., si bien le otorga a la indemnización de daños la posibilidad de que cumpla más de una función, indicando que «respecto a una obligación incumplida, no puede atribuirse a la indemnización del daño en todo caso una única función. Precisamente debe rechazarse una vinculación tal entre el resarcimiento y el cumplimiento que lleve a calificar a la acción del artículo 1.101 como un «sustituto» o «subrogado» de la prestación incumplida. Expresión en ocasiones utilizada cuando se piensa en la indemnización del daño contractual como un «cumplimiento por equivalente». La función que desempeñe la acción indemnizatoria dependerá en cada caso de como haya resultado afectado el interés o intereses contractuales del acreedor por obra de un incumplimiento. La tradicional disputa sobre si la acción de indemnización del daño se estructura normativamente como una acción de «reintegración» de un derecho lesionado (*Rechtsforsetzungsgedanke*), o si, por el contrario, únicamente desempeña una función «compensatoria» del daño injusto sufrido por el acreedor (*Ausgleichsgedanke*), no puede resolverse de una manera unilateral optando por una u otra concepción. Desde luego me parece falso que la reparación del daño sea de modo institucional en nuestro Derecho un «cumplimiento equivalente» de la prestación debida. Pero esto no implica que circunstancialmente pueda también entrañar el régimen indemnizatorio una finalidad de

4.3.3. El daño emergente y el lucro cesante

a) Las partidas incluidas en el artículo 9:502

En el párrafo segundo del artículo 9:502 se dispone que «*la indemnización por daños comprende las pérdidas efectivamente sufridas por la parte perjudicada y las ganancias que haya dejado de obtener*» y en su Comentario establece que tal regla no es más que la manifestación de «*la tradicional norma, originaria del Derecho romano, del "damnum emergens" y el "lucrum cessans"*» y a continuación reitera que «*el importe que se puede recuperar en concepto de daños abarca tanto los gastos producidos como los beneficios no percibidos*»²⁰⁴. La indemnización del daño emergente y del lucro

reintegración del derecho lesionado a la prestación. El daño moratorio es siempre compatible con la acción de cumplimiento, cualquiera que sea la forma en que ésta se articule. El daño moratorio no sustituye ni subroga nunca a la prestación debida. En las deudas de dinero todo el daño al acreedor es institucionalmente moratorio; la indemnización no es subrogado de la prestación debida, ya que ésta es ejecutable *siempre*. El daño resarcible no es nunca subrogatorio ni equivalente a ninguna prestación originaria cuando se trata de daño a un *interés de indemnidad*, en el sentido que más arriba ha quedado definido este interés: daño a la salud del comprador, coste de sustitución de la alfombra echada a perder por culpa de un limpiado defectuoso, incendio en la casa del acreedor por hecho del deudor que arrendó sus servicios para pintarla, etc. El daño de indemnidad es compatible con cualquier otro que haya sufrido el acreedor, y por supuesto, compatible con el cumplimiento correcto. El problema se plantea necesariamente en otros términos cuando el daño indemnizable tiene que cubrir el *total interés* de prestación del acreedor, por ser ésta imposible o inútil para satisfacer el interés creditorio. Creo que el *id quod interest* indemnizatorio es *entonces* subrogado o sustituto de la prestación originaria perdida, la «*quantitas obligationis*» o, con términos más propios, la *aestimatio rei*. Lo que no quiere decir que la obligación indemnizatoria no pueda ser más amplia, excediendo normalmente este valor de la prestación debida», «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, pp. 407 a 409. Tal atribución de diferentes funciones a la indemnización de daños la justifica con acierto MORALES MORENO, A.M., señalando que «debemos separar el aspecto puramente técnico jurídico, en el que se mueve el razonamiento de PANTALEÓN, de otros razonamientos económicos, sobre el significado que puede tener la *aestimatio rei*, en el caso de falta de realización de ese bien económico que es el derecho de crédito», *La Modernización...*, *op. cit.*, p. 48.

²⁰⁴ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 646. De forma similar al Comentario al artículo 9:502, en el Comentario del artículo III-3:702 del DCFR se indica que «*this Article combines the widely accepted "expectation interest" basis of damages for non-performance of an obligation and the traditional rule of "damnum emergens" and "lucrum cessans" of Roman law, namely that the creditor is entitled to compensation of such amount as will provide the value of the defeated expectation. In a contract for the sale of goods or supply of services this is usually measured by the difference between the contract price and the market or*

cesante también es una regla propia de todos los sistemas europeos²⁰⁵ y de los textos uniformes²⁰⁶.

*current price; but where the creditor has made a cover transaction then in the conditions set out in III.-3:706 (Substitute transaction) the creditor can elect to claim the difference between the contract price and the cover price. The sums recoverable as general damages embrace both expenditure incurred and gains not made. Damages under this Article are not intended to provide restitution of benefits received; this remedy may however be available on termination of a contract in the circumstances described in III.-3:510 (Restitution of benefits received by performance)», STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and...*, op. cit., p. 924.*

²⁰⁵ De las notas de Derecho comparado del artículo 9:502, queda claro como la comprensión del daño emergente y el lucro cesante en la indemnización de los daños y perjuicios, no supone ninguna novedad, puesto que se haya en consonancia con lo vigente en los países de la Unión Europea. Expresamente se afirma que «*la indemnización por daños y perjuicios comprende, en general, las pérdidas sufridas por la parte perjudicada y la ganancia que haya dejado de obtener. Así lo prevén expresamente, el CC FRANCÉS, BELGA y LUXEMBURGUÉS, art. 1149, art. 298 CC GRIEGO, § 252 BGB ALEMÁN, art. 1223 CC ITALIANO, BW 6:96 NEERLANDÉS, art. 564 (1) CC PORTUGUÉS, y art. 1106 CC ESPAÑOL*», LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, op. cit., p. 649. Así, el artículo 1149 del Code Civil «*les dommages et intérêt dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications c-après*»; 252 del BGB: «*Der zu ersetzende Schaden umfasst auch den entgangenen Gewinn. Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte*»; y el 1223 del Codice Civile: «*Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta*».

²⁰⁶ El carácter indemnizable del daño emergente y del lucro cesante en el ámbito de los textos uniformes ya se consagraba en el artículo 82 de la ULIS al establecer que «*cuando el contrato no sea resuelto, los daños y perjuicios por una violación cometida por una de las partes, serán iguales a la pérdida y a la falta de ganancia sufrida por la otra parte*». En similares términos el artículo 74 de la CISG dispone que «*la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento*» y de forma especular el artículo 7.4.2 de los PICC establece que «*la parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada*». En el DCFR también están presentes el daño emergente y el lucro cesante, el artículo III-3:702 se manifiesta en los mismos términos que los PECL al disponer que «*such damages cover loss which the creditor has suffered and gain of which the creditor has been deprived*». Lo que si resulta una novedad del DCFR, respecto de los PECL, es que en su párrafo tercero del artículo III-3:701 definen al daño patrimonial como «*loss of income or profit, burdens incurred and a reduction in the value of property*». Si bien de dicho párrafo pudiera parecer que la omisión a toda referencia al daño emergente lo excluye de la indemnización, considero que de una lectura conjunta de ambas reglas se deduce que en el DCFR resultan comprendidos en el daño patrimonial toda pérdida sufrida, ingreso o ganancia no obtenidos, así como los gastos realizados a consecuencia del incumplimiento y la reducción en el valor de los bienes. Por lo que respecta al Reglamento de compraventa, la parte final de su artículo 160 dispone que «*la indemnización cubrirá las pérdidas que el acreedor haya sufrido y las ganancias que haya dejado de obtener*». Por último, el artículo 1207 del PM, de forma especular al artículo 1106 de nuestro Código civil indica que «*la indemnización de daños*

b) Concepto: la integración en el patrimonio como criterio diferenciador

Los PECL, con la expresión «*las pérdidas efectivamente sufridas por la parte perjudicada*», se están refiriendo al daño emergente, y, con «*las ganancias que haya dejado de obtener*», al lucro cesante. En términos muy similares a los anteriores se pronuncia el artículo 1106 de nuestro Código civil: «*la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener*»²⁰⁷.

De lo expuesto no parece que los PECL introduzcan ninguna novedad en comparación con nuestro Derecho, por lo que abordamos su estudio tomando como punto de partida la doctrina y jurisprudencia existente en la materia.

Una vez afirmada la comprensión dentro de los daños patrimoniales en los PECL del daño emergente y del lucro cesante, corresponde delimitar ambos conceptos; es decir, los perjuicios o menoscabos que se encuentran amparados bajo tales expresiones. Partiendo de la base de que ambos tienen como sustrato común el recaer sobre intereses patrimoniales, el daño

y perjuicios comprende no solo el valor de la pérdida que haya sufrido el acreedor, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener».

²⁰⁷ El antecedente de nuestro artículo 1106 lo encontramos en el artículo 1015 del Proyecto de García Goyena que disponía «*se reputan daños y perjuicios el valor de la pérdida que haya experimentado, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes de esta sección*». Respecto de éste artículo señala el mismo autor que «*daños é menoscabos*, dicen las Leyes de Partidas: *Quantum mihi abest* (daño) *quantumque lucrari potui* (menoscabo), ley 13, título 8, libro 46 del Digesto: es una palabra lo que vulgarmente se entiende por daño emergente y lucro cesante: pero la estimación de este daño y lucro *in facto, non in jure consistit*, 24 *de regulis juris*, y nunca deberá entraren ella el precio de afección particular, sino el común y corriente de la cosa, á menos que la responsabilidad proceda de delito, artículo 117 del Código Penal, por cuyo título 4, libro 1, deberá regirse la responsabilidad civil en aquella materia», GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, p. 543.

emergente, en el contexto de la CISG, ha sido definido ampliamente por PANTALEÓN PRIETO, para quien «junto a la destrucción o deterioro de la propiedad del acreedor, incluye los gastos provocados o aumentados por el incumplimiento, y entre ellos, los que quepa considerar adecuados para evitar o disminuir los daños de los que el deudor ha de responder, o para la defensa extrajudicial de los derechos contractuales; en cambio, los gastos frustrados que se habrían efectuado igualmente en caso de cumplimiento fiel no son indemnizables junto con el interés en el cumplimiento, sino sólo cuando se opta por la indemnización en la medida del interés de confianza». Dicho autor describe al lucro cesante como «la ganancia ya dejada de obtener o que previsiblemente se dejará de obtener en el futuro»²⁰⁸.

En nuestro Derecho se han ocupado de definir al daño emergente y al lucro cesante, entre otros, Díez-PICAZO, afirmando que «una antigua tradición escolástica que ha llegado hasta nosotros estableció, para medir el alcance del daño patrimonial indemnizable, los conceptos de *damnum emergens* y *lucrum cessans*. En el primer capítulo, se comprenden todas las partidas efectivamente sufridas y los desembolsos realizados en atención al daño. En el llamado daño emergente, se comprenden las pérdidas efectivamente sufridas que deben medirse en el valor común del mercado del bien sobre el que recaigan y las disminuciones de valor económico que por vía refleja se puedan producir... El segundo capítulo de la indemnización lo constituye el lucro frustrado o las ganancias dejadas de obtener»²⁰⁹. CRISTÓBAL MONTES describe el daño emergente, como «de que algo que exista se esfuma, de que algo con lo que se contaba se frustra, de que algo que se tenía se pierde, esto es, en cuanto constituye, según advierte Barassi, la disminución de una utilidad que ya estaba adquirida por el patrimonio». Sobre el lucro cesante indica que se origina «por no lograr alcanzar el acreedor aquello que previsiblemente y

²⁰⁸ PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario artículo 74...», *op. cit.*, p. 594.

²⁰⁹ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de...*, *op. cit.*, pp. 322 y 323. Resulta muy interesante la casuística relativa a la fijación del daño emergente realizada por dicho autor en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, *op. cit.*, p. 789 a 791. *Vid.*, también sobre la misma cuestión LLAMAS POMBO, E., «Comentario a los artículos 1.096...», *op. cit.*, p. 1853.

consecuencialmente habría obtenido caso de haberse cumplido la obligación ahora incumplida»²¹⁰. DE PABLO CONTRERAS define el daño emergente como aquel que «abarca todos los gastos realizados por razón de la obligación incumplida, y también las pérdidas o menoscabos producidos en los bienes del acreedor a causa de la falta de prestación o de la prestación defectuosa», y al lucro cesante como «los beneficios o ventajas que el acreedor habría obtenido si el deudor hubiere cumplido exacta y oportunamente su obligación»²¹¹. Por su parte, MOISSET DE ESPANES afirma que «"daño emergente", a nuestro entender, es el perjuicio efectivo sufrido en el patrimonio de la víctima, que ha perdido un bien o un derecho que ya estaban incorporados a ese patrimonio. El "lucro cesante", en cambio, contempla la ganancia frustrada, es decir, los daños que se producen por la falta de ingreso de determinados bienes o derechos al patrimonio de la víctima, que se ve privada de beneficios que hubiera obtenido, de no mediar el hecho dañoso»²¹². Por último, CARRASCO PERERA, una vez que define el daño emergente como «la pérdida económica que el acreedor sufre como consecuencia de una contingencia patrimonial negativa»²¹³, realiza una interesante clasificación de las diferentes circunstancias de las que puede proceder dicha contingencia negativa y que «sintetiza en tres categorías: los desembolsos efectivos (*out-of-pockets costs*), las pérdidas de valor y el daño material o de indemnidad»²¹⁴.

En definitiva, el fundamento del carácter indemnizable del lucro cesante deriva del principio de reparación integral del daño, de la necesidad de que el perjudicado sea situado en la misma posición en la que se encontraría si el daño no se hubiera producido.

²¹⁰ CRISTÓBAL MONTES, A., *El incumplimiento de...*, *op. cit.*, pp. 235 y 249.

²¹¹ DE PABLO CONTRERAS, P., «Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual», en AA. VV., *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*, (coord. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz), Editorial Colex, Madrid, 2000, p. 198.

²¹² MOISSET DE ESPANES, L., «Reflexiones sobre el "daño actual..."», *op. cit.*, p. 197.

²¹³ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de...*, *op. cit.*, p. 1199.

²¹⁴ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de...*, *op. cit.*, p. 1200.

Por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la mayoría de sus pronunciamientos se han detenido en los problemas relativos a la determinación de la existencia y cuantía del lucro cesante; no obstante, no faltan sentencias en relación al concepto de ambas partidas indemnizatorias. Así, la sentencia de 28 de noviembre de 1983²¹⁵: «ha de tenerse en cuenta, que el art. 1106 del C. Civ. distingue dos categorías de daños: el propiamente dicho o «damnum emergens», y el representado por la ganancia perdida o perjuicio «stricto sensu»». La de 8 de julio de 1996²¹⁶, en relación al lucro cesante, se pronuncia señalando que: «el referido precepto civil 1106, contempla la indemnización de las ganancias que se hayan dejado de obtener, en cuanto actúan como frustración de un aumento del patrimonio de quien resulta perjudicado, teniendo aplicación general». La de 22 de febrero de 1997²¹⁷ como consecuencia de una defectuosa construcción y montaje en bodegas de unos específicos depósitos con determinadas características técnicas, declara no haber lugar al recurso de casación, confirmando la condena a la parte demandada al pago del daño emergente y del lucro cesante, en los siguientes términos: «condena a la demandada “Artynde, SA” a que abone a la actora dos millones cincuenta y una mil ochocientas cuarenta (2.051.840) pesetas por la factura de reparación de tres de los depósitos instalados; quinientas treinta y siete mil setecientas noventa y siete (537.797) pesetas por gastos de transporte y refrigeración del vino en otras bodegas; tres millones (3.000.000) pesetas por lucro cesante; la cantidad que se acredite en ejecución de sentencia por 40.000 litros de mosto-uva perdidos; la cantidad que se acredite por la reparación de otros dos depósitos y que no podrá sobrepasar la de 2.800.000 pesetas establecida por el perito; todo ello más intereses legales». El importe que se establece para la indemnización del lucro cesante deriva de la «imposibilidad de utilización de los depósitos isoterms y

²¹⁵ STS de 28 de noviembre de 1983, ponente D. Mariano Martín-Granizo Fernández (RJ 6681,1983).

²¹⁶ STS de 8 de julio de 1996, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 5662,1996).

²¹⁷ STS de 22 de febrero de 1997, ponente D. Francisco Morales Morales (RJ 1189,1997).

autovaciantes objeto del contrato, entre la fecha en que debían haber sido entregados, 1 de septiembre de 1989, y la fecha que hayan sido, o sean, debidamente reparados». La de 24 de abril de 1997²¹⁸: «el daño estricto o «damnum emergens» supone un menoscabo real o desperfecto producido en la cosa o intereses del perjudicado, en cuanto al «lucrum cessans» que, en puridad, aduce a la ganancia dejada de obtener por el ilícito, siempre y cuando se haya acreditado que esa ganancia obedece a un suceso futuro, sí, pero con causa o generación constatada o demostrada». Por último, la de 27 de mayo de 2011²¹⁹, afirma que: «el concepto de lucro cesante se refiere a las ganancias frustradas o dejadas de percibir. Un incremento patrimonial que el acreedor esperaba obtener (lucro cesante positivo, en el que el perjuicio equivale a lo que se iba a ganar si no hubiese acontecido el evento dañoso), o bien unos gastos en los que no se iba a incurrir (lucro cesante negativo, equivale a los gastos originados por el propio contrato, como pueden ser costes, transportes, seguros, etcétera)». En esta última sentencia, la referencia al lucro cesante negativo plantea la siguiente duda: se está calificando así al daño emergente, o considera que existen dos vertientes del lucro cesante, una positiva y otra negativa. En cualquier caso, estimo que la referencia como tal a «los gastos originados por el propio contrato, como pueden ser costes, transportes, seguros, etcétera» no puede ser entendida más que en el sentido de partidas integrantes del daño emergente y ello, en razón a la distinción entre daño emergente y lucro cesante que expondremos a continuación.

De las anteriores concepciones doctrinales y jurisprudenciales deriva que la nota esencial que distingue el daño emergente del lucro cesante se halla en la situación respecto al patrimonio del perjudicado del bien sobre el que recae el interés, de manera que el daño emergente se produce cuando se lesiona o vulnera un interés que recae sobre un bien que ya formaba parte del patrimonio del perjudicado. Por ejemplo, los gastos de reparación de los

²¹⁸ STS de 24 de abril de 1997, ponente D. Luis Martínez-Valcárcel y Gómez (RJ 3396, 1997).

²¹⁹ STS de 27 de mayo de 2011, ponente D. Rafael Jesús Fernández-Porto García (RJ 224344, 2011).

depósitos de vino constituyen un daño emergente, y por el contrario, el lucro cesante acontece cuando el interés lesionado se produce sobre un bien que, de no ser por el incumplimiento del contrato, se hubiera integrado en el patrimonio del sujeto. Un ejemplo de lucro cesante sería la pérdida de ganancias que un fabricante de embutidos sufre como consecuencia de la muerte de todos los cerdos que compró enfermos y no pudo utilizarlos en su proceso de fabricación, y ello, independientemente del daño emergente como consecuencia del fallecimiento de los animales. En definitiva, la calificación del perjuicio como un daño emergente o un lucro cesante nos debe situar en el patrimonio del afectado; daño emergente es la “resta” que sufre el patrimonio como consecuencia del incumplimiento, y el lucro cesante lo que no se ha “incrementado” el mismo y que hubiera sido previsible según el cauce normal de los hechos, es decir de un cabal cumplimiento del contrato. El punto de inflexión lo supone la pertenencia o no al patrimonio.

La distinción expuesta ya fue formulada por DE CUPIS, sosteniendo que «su justificación se hace coincidir con el interés y el momento en el que se considera: Si el objeto del daño es un interés actual, o sea, el interés relativo a un bien que ya corresponde a una persona en el instante en que el daño se ha ocasionado, se tiene un daño emergente; pero, si por el contrario, el objeto del daño es un interés futuro, es decir, el interés relativo a un bien que todavía no corresponde a una persona, se tiene un lucro cesante»²²⁰.

¿Las anteriores afirmaciones de DE CUPIS podrían interpretarse en el sentido de identificar el daño emergente con el daño presente y el lucro cesante con el daño futuro?²²¹ A favor de dicha identificación se ha

²²⁰ DE CUPIS, A., *El Daño. Teoría...*, op. cit., pp. 312 y 313. También ha sido la postulada para la responsabilidad civil por NAVEIRA ZARRA, M.M., al afirmar que «la realidad pone de manifiesto que el hecho del responsable puede dar lugar, no sólo al menoscabo o destrucción de un bien que ya pertenecía al perjudicado, sino que puede implicar, igualmente, la falta de consecución o de materialización de una ganancia que habría ingresado en su patrimonio de no haber tenido lugar el hecho lesivo», *El resarcimiento del daño...*, op. cit., p. 86.

²²¹ Sobre el peligro de identificar, de una parte, al daño emergente con el daño presente, y de otra, al lucro cesante con el daño futuro, ya advierte, con acierto, NAVEIRA

manifestado CERDÁ OLMEDO, que sostiene que «De Cupis ve el fundamento de la distinción entre daño emergente y lucro cesante según que el interés afectado sea o no actual: si el objeto del daño es un interés actual o relativo a un bien perteneciente a una persona ya en el momento en que el daño mismo se ocasiona, tendremos el daño emergente; a la inversa, si el objeto del daño es un interés futuro, o bien se refiere a una cosa aún no perteneciente al perjudicado, estaremos en presencia del lucro cesante, o sea, la distinción entre daño presente o pasado y daño futuro se corresponden con daño emergente y lucro cesante, comprendiendo aquél todo lo que empobrece indebidamente a la víctima y éste todo con lo que no se enriquece y representa una esperanza frustrada, dando lugar a otra manifestación del daño futuro»²²². Considero que la anterior identificación no es acertada, puesto que confunde dos criterios distintos; uno, el relativo a la pertenencia o no del bien al patrimonio de la parte perjudicada en el momento de producirse el incumplimiento, que, como se ha dicho, es el propio de la distinción entre daño emergente y lucro cesante; y otro, que toma como punto de referencia el momento en el que los daños se ponen de manifiesto en relación con el litigio donde se dirime su existencia, y que es el que determina que nos encontremos ante un daño presente y actual. Tal vez haya llevado a CERDÁ OLMEDO a tales conclusiones el empleo por DE CUPIS de los términos «interés actual» e «interés futuro», pero tales expresiones entiendo que se refieren a la actualidad respecto de su integración en el patrimonio del sujeto, respecto al daño emergente, y de su integración futura en caso de no haberse producido el incumplimiento, en relación al lucro cesante. En el mismo sentido de la interpretación por nosotros sostenida ya se manifestó NAVEIRA ZARRA, para quien «su criterio diferenciador se refiere únicamente a la situación del bien en

ZARRA, M.M., para quien «se podría caer en el error de identificar el daño emergente -relativo a la pérdida de un bien ya existente en el patrimonio del perjudicado- con el daño presente o actual y el lucro cesante -por hacer referencia a la pérdida de una ganancia todavía no incorporada a ese patrimonio pero que habría ingresado en él si el hecho dañoso no hubiera tenido lugar- con el daño futuro. Sin embargo, tal identificación, en el que incurren ciertos autores, debe, en nuestra opinión, ser evitada», *El resarcimiento del daño...*, op. cit., pp. 86 y 87.

²²² CERDÁ OLMEDO, M., «Responsabilidad civil por daños futuros», *Anuario de Derecho Civil*, 1985, pp. 628 y 629.

el momento en que se daña el interés al que aquél responde, esto es, según que dicho bien se halle o no en el patrimonio del sujeto perjudicado en el momento de la producción del perjuicio, lo cual, obviamente, no es lo mismo que tomar en consideración el momento en que se manifiestan los resultados o consecuencias dañosas de la acción -criterio aplicable para la clasificación de los daños en presentes y futuros-»²²³. También sostiene que no debe identificarse el daño emergente con el presente y el lucro cesante con el daño futuro MOISSET DE ESPANES, al afirmar que «no debe de ninguna manera superponerse las categorías de daño emergente y lucro cesante, con las de daño actual y daño futuro. Tanto el daño actual como el daño futuro pueden estar integrados por un daño emergente y por un lucro cesante y, en cada caso, será menester probar con exactitud la existencia de uno y otro rubro»²²⁴. Además, para despejar cualquier género de dudas, el propio DE CUPIS incide en el problema afirmando que «no debe confundirse con la distinción entre *damnum emergens* y *lucrum cesans*, la clasificación de daño *presente* y daño *futuro*, la cual no aparece recogida expresamente en la ley. Sin embargo, entre ambas, pueden apreciarse diferencias. Por daño *presente* se entiende el daño que ya se ha producido, y que, por tanto, existe en el acto, en el instante en que se considera el nacimiento de la responsabilidad. Por daño *futuro*, se comprende aquel que aún no se ha llegado a producir, considerado en tal momento. La distinción adquiere su propio significado en relación con el momento del juicio sobre el daño»²²⁵. De lo expuesto, si bien la distinción entre daños presentes y futuros será objeto de estudio en otro apartado, debe afirmarse que el daño emergente puede manifestarse tanto en un momento presente como futuro, e igualmente debe predicarse del lucro cesante.

Por último, podría surgir la siguiente contradicción. Si se ha afirmado que el valor de la prestación incumplida puede ser parte integrante de la indemnización de los daños y perjuicios, y la hemos calificado como daño

²²³ NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, op. cit., p. 87.

²²⁴ MOISSET DE ESPANES, L., «Reflexiones sobre el “daño actual...”», op. cit., p. 204. En el mismo sentido YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, op. cit., p. 150.

²²⁵ DE CUPIS, A., *El Daño. Teoría...*, op. cit., p. 320.

emergente, ¿cómo puede ser un daño emergente un bien que no forma parte de nuestro patrimonio en el momento de producirse el incumplimiento? Si acudimos a la definición de daño emergente ofrecida por MOISSET DE ESPANES, en la misma se hace referencia a los bienes o derechos que se encontraban en el patrimonio del sujeto perjudicado. Luego, aunque el bien objeto de nuestro interés no se encuentra físicamente en nuestro patrimonio, sí se halla en el mismo la titularidad de un derecho de crédito mediante la que se pretende la obtención del objeto que constituye la prestación, y mediante la cual queda satisfecho dicho derecho de crédito.

c) Los problemas relativos a su existencia y cuantificación: el lucro cesante

Una vez expuestos los conceptos de daño emergente y lucro cesante, procede analizar las cuestiones relativas a su existencia y cuantificación.

De las dos partidas integrantes del daño patrimonial, la que presenta mayores dificultades respecto a su existencia y cuantificación es el lucro cesante. Señala MORALES MORENO que «en el lucro cesante se plantean, de modo distinto que en el daño emergente, las dos cuestiones básicas de la indemnización de los daños: la de determinar su existencia (cuestión de prueba) y la de establecer límites a su indemnización (cuestión de imputación objetiva)²²⁶.

Tales dificultades derivan del hecho de que el daño emergente, como ya se ha dicho, afecta a unos bienes que ya se encontraban en el patrimonio del perjudicado, por lo que su constatación y alcance resulta menos complejo, ya que supone comparar el valor de los bienes antes de producirse el daño, con el que resulta una vez producido éste. En cambio, el lucro cesante plantea la complejidad de tener que indemnizar el daño en función de unas ganancias que no se han obtenido a consecuencia del incumplimiento, pero que de no

²²⁶ MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, op. cit., p. 23.

haberse producido hubieran ingresado en el patrimonio del perjudicado, lo que nos sitúa irremediamente en el ámbito de lo futuro²²⁷. Al respecto, indica FISCHER²²⁸, identificando el daño emergente con el daño positivo, y el lucro cesante con el lucro frustrado, que es esencial establecer mediante un criterio exterior el límite del alcance del lucro cesante, y ello por el hecho de que «mientras que el concepto de daño positivo tiene una base firme, pues se refiere a hechos pasados, el del lucro cesante participa de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios»²²⁹.

Por tanto, la determinación de la existencia como de la cuantía del lucro cesante exigen la realización de una operación imaginaria, o de una reconstrucción de lo que hubiera sucedido si no se hubiera producido el incumplimiento generador de los daños²³⁰. Esta reconstrucción entraña el peligro advertido por FISCHER de «que las demandas de indemnización más exageradas y desmedidas tienen su asiento en este concepto imaginario de las ganancias no realizadas. Incumbe al Derecho separar cuidadosamente estos «sueños de ganancia», como los llama DERNBURG, de la verdadera idea de daño»²³¹.

²²⁷ Afirma YZQUIERDO TOLSADA, M., que «la dificultad de evaluación del lucro cesante es obvia, como siempre que desea acometer la recomposición de un futuro, y es que no otra cosa es averiguar cuál habría sido el aumento patrimonial que habría tenido lugar si no se hubiese producido el hecho dañoso», *Sistema de Responsabilidad Civil...*, op. cit., p. 150.

²²⁸ FISCHER, H.A., *Los Daños Civiles...*, op. cit., p. 42. En el mismo sentido Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de...*, op. cit., p. 323.

²²⁹ FISCHER, H.A., *Los Daños Civiles...*, op. cit., p. 43. En el mismo sentido NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, op. cit., pp. 88 y 89.

²³⁰ DE ÁNGEL YÁGUEZ, R., afirma que «de lo que se trata es de excluir como lucro cesante las hipotéticas e imaginativas ganancias que el acreedor pudiera alegar ante el incumplimiento del deudor. Es tradicional en este sentido señalar que las demandas más exageradas tienen su asiento en ese concepto imaginario de ganancias no realizadas, situación en la que incumbe al Derecho separar minuciosamente «los sueños de ganancia», «Comentario a los artículos 1.106 y 1.107...», op. cit., p. 50. En similares términos DE CUPIS, A., indica que «sólo los beneficios ciertos son los tutelados por el derecho, ninguna reacción jurídica puede conectarse al daño que afecta a un interés incierto, ya que el derecho no puede considerar las fantasías e ilusiones de eventuales ventajas», *El Daño. Teoría...*, op. cit., p. 315.

²³¹ FISCHER, H. A., *Los Daños Civiles...*, op. cit., p. 44. En el mismo sentido Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de...*, op. cit., p. 323.

Para realizar dicha reconstrucción nuestra doctrina²³² se ha mostrado partidaria de fijar como criterio exterior del límite del lucro frustrado el establecido en el apartado segundo del parágrafo 252 del BGB que establece que «*Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte*»²³³. De dicho artículo FISCHER extrae las siguientes conclusiones: «no basta, pues, la simple *posibilidad* de realizar la ganancia, como no se exige tampoco la absoluta *seguridad* de que ésta se habría verificado sin la intromisión del hecho dañoso. Ha de existir una cierta probabilidad *objetiva*, que resulte del “curso normal de las cosas” y de las “circunstancias especiales del caso concreto”. El Derecho no toma en cuenta como lucro frustrado para los efectos de la indemnización, las meras coyunturas. La posibilidad de importantes ganancias, abonada por una exigua probabilidad, y la de ganancias insignificantes, relacionada con una gran verosimilitud, pueden adoptar una relación de económica equivalencia. Sin embargo, la ley sólo aprecia como lucro frustrado la segunda»²³⁴.

Debemos concluir que la indemnización del lucro cesante dependerá de que, una vez reconstruida la situación de los hechos haciendo abstracción del incumplimiento que generó el daño, quede suficientemente demostrado que se

²³² DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., sostiene que «el problema de la estimación y el cálculo del lucro cesante radica en acreditar una ganancia que se podía esperar con verosimilitud, según el curso normal de las cosas o según las circunstancias del caso, en especial según las medidas y previsiones adoptadas, siguiendo el buen criterio del CC alemán», «Comentario a los artículos 1.106 y 1.107...», *op. cit.*, p. 50; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., afirma que «para resolver este problema, el único criterio utilizable es el del juicio de probabilidad o verosimilitud atendiendo un curso normal de las cosas», *Derecho de...*, *op. cit.*, p. 323; y NAVEIRA ZARRA, M. M., señala que «esta reconstrucción de los acontecimiento realizada por el Juez o por un perito imparcial y dirigida a determinar la realidad de la frustración de una ganancia ha de realizarse atendiendo al que sería el curso normal de los acontecimientos en el caso concreto», *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, p. 89.

²³³ «*Considérase frustrada la ganancia que con cierta probabilidad fuese de esperar, atendiendo al curso normal de las cosas o a las especiales circunstancias del caso concreto, y particularmente a las medidas y providencias adoptadas*».

²³⁴ FISCHER, H. A., *Los Daños Civiles...*, *op. cit.*, p. 45.

habría obtenido el aumento patrimonial. Además quedaría por resolver la cuestión de qué certeza debe exigirse en la apreciación de la existencia de las ganancias dejadas de obtener. Si se adoptara la simple posibilidad de que se hubiera obtenido un ganancia, que se ha frustrado, se daría vía libre a que pudieran ser objeto de indemnización lucros cesantes que responden a unos meros sueños de ganancias, lo que podría producir enriquecimientos sin causa. Por otro lado, si lo exigible fuera una certeza absoluta, difícilmente se obtendrían indemnizaciones por lucro cesante, dado que estamos en un ámbito de lo futurible, y resultará muy complejo y, en algunos supuestos, imposible probar cómo se hubieran producido realmente los acontecimientos, lo que sin duda dejaría desamparada a la parte perjudicada que ve frustradas sus expectativas de ganancias. Por ello, el núcleo de la indemnización del lucro cesante requiere la realización de un juicio de probabilidad²³⁵. Resultarán indemnizables aquellas ganancias no obtenidas que, de no producirse el incumplimiento dañoso, hubieran sido probablemente obtenidas por la parte perjudicada²³⁶. La última nota definitoria del lucro cesante vendría determinada

²³⁵ Así lo afirman, entre otros: DE CUPIS, A., indica que «teniendo en cuenta las circunstancias y las actitudes del perjudicado, es como debe valorarse el juez si una determinada ventaja se habría o no realizado a su favor. Aunque debe entenderse bien que la certidumbre, dentro del campo de lo hipotético, no puede ser absoluta, por lo que hay que conformarse con una certeza relativa, o sea, con una consideración fundada y razonable», *El Daño. Teoría...*, op. cit., p. 315; LARENZ, K., «si la ganancia podía esperarse con probabilidad según el curso normal de las cosas o las especiales circunstancias, etc., entonces, o sea, en el momento de la causación del daño, se presumirá que aquélla había sido ya obtenida, y al obligado a indemnizar le incumbe probar que (según los hechos efectivamente ocurridos después o por otras circunstancias) aquélla no hubiese tenido lugar», *Derecho de obligaciones...*, op. cit., pp. 209 y 210; NAVEIRA ZARRA, M.M., señala que «debe concluirse que será posible la determinación del lucro cesante sin que sea necesario acreditar una certeza absoluta en cuanto a la realización de las ganancias, certeza, por lo demás inalcanzable, pero sin que, al mismo tiempo, se entienda comprendido en tal concepto lo que Dernburg calificó, a la vista de su improbabilidad e inverosimilitud, con la gráfica expresión «sueños de ganancia»», *El resarcimiento del daño...*, op. cit., pp. 89 y 90; SANTOS BRIZ, J., «no se puede exigir al perjudicado que demuestre una certeza absoluta de que las ganancias esperadas se habrían realizado en caso de no realización del hecho dañoso, y tampoco es suficiente un interés inseguro e incierto. Entre un extremo y otro cabe una graduación que habrá de hacerse, en cada caso, con criterio equitativo, distinguiendo la mera «posibilidad» de la «probabilidad», y teniendo en cuenta que tal vez en algún caso sea indemnizable la mera «posibilidad», si bien en menor cantidad que la «probabilidad», base de los lucros cesantes propiamente dichos», *La Responsabilidad Civil*, Montecorvo, 7ª edición, Madrid, 1993, p. 292.

²³⁶ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., caracteriza la concreción del lucro cesante «como una operación intelectual basada, a la luz de las circunstancias de cada caso, en la razonable verosimilitud de que, de haber cumplido el deudor, el acreedor se habría beneficiado

por el hecho de que el Derecho sólo tutela intereses dignos de protección, por lo que, en palabras de DÍEZ-PICAZO, «no se indemnizan como lucros cesantes las ganancias obtenidas por el ejercicio de actividades que deban considerarse ilegales».²³⁷

d) La doctrina jurisprudencial en torno al lucro cesante

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo no ha sido ajena a las dificultades que plantea la determinación de la existencia y de la cuantía de la indemnización del lucro cesante. Tradicionalmente se ha mostrado restrictiva en la estimación del lucro cesante²³⁸, si bien puede apreciarse en la segunda mitad de los años 90 la existencia de sentencias²³⁹ que adoptan un criterio menos rigorista²⁴⁰.

En un sentido excesivamente restrictivo en orden a la estimación del lucro cesante, se ha pronunciado la sentencia de 30 de junio de 1993 afirmando que «si bien es verdad, que la indemnización por daños causados

patrimonialmente en tal o cual medida», «Comentario a los artículos 1.106 y 1.107...», *op. cit.*, pp. 50 y 51.

²³⁷ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de...*, *op. cit.*, p. 324. En el mismo sentido, afirma FISCHER, H.A., que «no se puede considerar «daño», en sentido jurídico, la ganancia frustrada que hubiera debido provenir de adquisiciones inmorales o reprobadas en algún modo por el Derecho», *Los Daños Civiles...*, *op. cit.*, p. 52.

²³⁸ Así lo han puesto de manifiesto: CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, 14 edición, Tomo III, (revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero), Reus, Madrid, 1986, p. 244; DE PABLO CONTRERAS, P., «Incumplimiento de las obligaciones...», *op. cit.*, pp. 198 y 199; LLAMAS POMBO, E., «Comentario a los artículos 1.096...», *op. cit.*, pp. 1854 y 1855; MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 25; NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, p. 95; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, pp. 151 y 152.

²³⁹ SSTs de 8 de julio de 1996, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 5662,1996); de 21 de octubre de 1996, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1996, 7235); de 14 de julio de 2003, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 2003, 4629); y de 30 de octubre de 2007, ponente D. Clemente Auger Liñán (RJ 2007, 1139).

²⁴⁰ Como afirman, entre otros, YZQUIERDO TOLSADA, M., «en los últimos tiempos se han podido comprobar algunos cambios de orientación bastante reconfortantes», *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, pp. 152. En el mismo sentido NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, p. 95.

por el incumplimiento contractual, alcanza, junto al valor de las pérdidas sufridas el de las ganancias dejadas de obtener, no lo es menos que la doctrina jurisprudencial es constante en exigir para la indemnizabilidad de perjuicios el que sean ciertos y probados y por lo que, en concreto, hace al lucro cesante, su acreditamiento con rigor al menos razonable, sin que baste la consideración de pérdidas dudosas o contingentes»²⁴¹. La sentencia de 29 de septiembre de 1994, sostiene que el «expresado concepto como así se tiene reconocido en consolidada jurisprudencia de la Sala, también de general conocimiento, es cuestión de hecho y de estimación restrictiva puesto que las ganancias perdidas han de probarse con rigor, sin ser dudosas o no fundadas o fundadas sólo en esperanza»²⁴². La tradicional jurisprudencia restrictiva se resume de forma detallada en la sentencia de 8 de junio de 1996 que desestima el recurso de casación interpuesto con relación a un contrato de arrendamiento de obra, en la que el Tribunal Supremo declara que «el lucro cesante o ganancias frustradas ofrece muchas dificultades para su determinación y límites, por participar de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios, y para tratar de resolverlas el derecho científico sostiene que no basta la simple posibilidad de realizar la ganancia, sino que ha de existir una cierta probabilidad objetiva que resulte del curso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto, y nuestra jurisprudencia se orienta en un prudente criterio restrictivo de la estimación del lucro cesante, declarando con reiteración que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ventajas, sin que éstas sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas (Sentencia de 22 junio 1967 [RJ 1967/2926], que resume anterior jurisprudencia y ha servido de base para la posterior); ante la tajante afirmación de la sentencia de instancia de que el lucro cesante, como ganancia dejada de obtener, no se ha acreditado, es incuestionable, a la luz de la citada doctrina jurisprudencial, el rechazo de esta segunda alegación»²⁴³.

²⁴¹ STS de 30 de junio de 1993, ponente D. Rafael Casares Córdoba (RJ 5340,1993).

²⁴² STS de 29 de septiembre de 1994, ponente D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa (RJ 7026,1994).

La doctrina jurisprudencial más reciente atenúa el rigor en la estimación del lucro cesante. Dicha orientación se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1996, en la que la entidad mercantil “Computer Center Dos, SA” interpuso una demanda, contra la Comunidad de Propietarios donde se ubicaba el local en el que ejercía su actividad profesional de venta y distribución de ordenadores, en reclamación dineraria por el lucro cesante por los daños sufridos como consecuencia de unas filtraciones de agua producidas por la rotura de las tuberías de conducción pertenecientes a la parte demandada y que discurrían por el techo del local afectado. El Tribunal Supremo sostiene que en relación al artículo 1106 del Código civil, «la jurisprudencia civil en esta cuestión se ha mostrado restrictiva, pues excluye del ámbito de ganancias las futuribles, que son simples expectativas pero no consolidadas por presentarse dudosas, al responder a supuestos carentes de realidad y de resultado inseguro por estar desprovistos de constatada certidumbre. Las ganancias que pueden reclamarse son aquellas en las que concurren verosimilitud suficiente para poder ser reputadas como muy probables, en la mayor aproximación a su certeza efectiva. En todo caso, es preciso que se haya practicado prueba suficiente, respecto a la relación de causalidad entre el evento y las consecuencias negativas derivadas del mismo, con relación a la pérdida de provecho económico»²⁴⁴. Si bien el recurso de casación es desestimado por no acreditarse la relación de causalidad entre los daños producidos por las filtraciones de agua y la disminución de las ventas, lo relevante de la sentencia es el giro producido. Esto es, de exigirse tradicionalmente una rigurosa prueba de la certeza de las ganancias dejadas de obtener, se pasa a exigirse ahora la prueba de una «verosimilitud suficiente para poder ser reputadas como muy probables, en la mayor aproximación a su certeza efectiva», lo que resulta conforme con lo establecido por la doctrina científica. En definitiva, la evolución jurisprudencial se encuentra en el paso de

²⁴³ STS de 8 de junio de 1996, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 4831,1996). En el mismo sentido la STS de 30 de noviembre de 1993, ponente D. Jaime Santos Briz (RJ 9222,1993).

²⁴⁴ STS de 8 de julio de 1996, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1996, 5662).

exigir rigurosamente una certeza absoluta de las ganancias frustradas, a la realización de un juicio de la probabilidad de la obtención de las ganancias²⁴⁵.

La doctrina establecida por la anterior sentencia ha sido adoptada por los posteriores pronunciamientos jurisprudenciales; así la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1996, que afirma que «resulta probada la existencia de las pérdidas reclamadas, con lo que el problema se concreta a su cuantificación económica, que ha de ser objeto de apreciación ponderada, al moverse el juzgador en un campo hipotético y hace como más adecuado aplicar criterios de razonable probabilidad, de forma que el juicio de valor obtenido sea lo más próximo a lo que podría resultar realidad cierta y comprobada, de acuerdo con el desarrollo normal que corresponden a los acontecimientos»²⁴⁶.

Muy ilustrativa es la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2007, que «sintetiza la Sentencia de esta Sala de 29 de diciembre de 2000 (RJ 2001, 1474) la doctrina jurisprudencial sobre el lucro cesante en los siguientes términos: “dice la de 30 de diciembre de 1977 [RJ 1977, 4897] (con alusión a las de 17 noviembre 1954 [RJ 1954, 2870] y 6 de mayo 1960 [RJ 1960, 1716]) que la exigencia del lucro cesante no puede ampararse sin más y exclusivamente en la dicción genérica del art. 1106 CC, sino que es preciso probar que realmente se han dejado unas ganancias concretas que no han de ser dudosas y contingentes. Y señala la de 22 de junio de 1967 (RJ1967, 2926) que el lucro cesante o ganancia frustrada ofrece muchas dificultades para su determinación y límites, por participar de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios, y para tratar de resolverlas el Derecho científico sostiene que no basta la simple posibilidad de realizar la ganancia, sino que ha de existir una cierta probabilidad objetiva, que

²⁴⁵ La sentencia indicada también ha sido citada por LLAMAS POMBO, E., «Comentario a los artículos 1.096...», *op. cit.*, p. 1855 y NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, p. 95.

²⁴⁶ STS de 21 de octubre de 1996, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1996, 7235).

resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto, y nuestra jurisprudencia se orienta en un prudente sentido restrictivo de la estimación del lucro cesante, declarando con reiteración que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ganancias, sin que éstas sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas, pues no pueden privarse de supuestos meramente posibles pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, por lo que esas pretendidas ganancias han de ser acreditadas y probadas mediante la justificación de la realidad de tal lucro cesante. La doctrina expuesta se recoge y desarrolla en la moderna jurisprudencia..., que resalta la apreciación restrictiva o ponderada y la necesidad de probar con rigor (“al menos razonable” dicen las Sentencias de 30 de junio de 1993 [RJ 1993, 5340] y 21 de octubre de 1996 [RJ 1996, 7235]) la realidad o existencia (“aplicando criterios de probabilidad de acuerdo con el curso normal de los acontecimientos”,...), pues el lucro no puede ser dudoso o incierto, de ahí que se deban rechazar las ganancias contingentes o fundadas en meras esperanzas, o expectativas sin sustento real..., y que no se pueda fijar subjetivamente por el juzgador con fundamento en la equidad (S. 6 septiembre 1991). También se pone de relieve la necesidad de existencia de un nexo causal (Sentencias 17 diciembre 1990 y 5 noviembre 1998, entre otras) que en realidad no es otra cosa que la posibilidad de haber podido obtener las ganancias en caso de no haberse producido el evento”... el lucro cesante “no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna”»²⁴⁷.

Resulta interesante por resumir la orientación doctrinal vigente, la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2007, que declara que «el quantum [cuantía] de la indemnización por lucro cesante se refiere a beneficios

²⁴⁷ STS de 30 de octubre de 2007, ponente D. Clemente Auger Liñán (RJ 2007, 1139). En el mismo sentido las SSTs de 5 de noviembre de 1998, ponente D. Xavier O’Callaghan Muñoz (RJ 1998,8404); 2 de marzo de 2001, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 2001, 2590); de 8 de junio de 2001, ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2001, 5538); de 14 de julio de 2003, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 2003, 4629); de 28 de octubre de 2004, ponente D. Xavier O’Callaghan Muñoz (RJ 2004, 7208); de 4 de febrero de 2005, ponente D. Xavier O’Callaghan Muñoz (RJ 2005, 945) y de 7 de julio de 2005, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 2005, 9545).

futuros y debe obtenerse mediante apreciaciones prospectivas (juicio de probabilidad, según la STS de 14 de julio de 2003, rec. 3427/1997), fundadas en criterios objetivos de experiencia, entre los que pueden servir los que operan en el mundo económico, contable, actuarial, asistencial o financiero según las disciplinas técnicas o científicas correspondientes, de acuerdo con el examen y la ponderación de las circunstancias de cada asunto; pero la existencia del perjuicio por este concepto, según se reclama, la jurisprudencia, debe ser probada con una razonable verosimilitud, cosa que no ocurre cuando la ganancia o beneficio futuro se presenta como meramente posible o hipotético, pero existen dudas sobre su producción o no se aprecia existencia en el marco de una lógica presunción sobre cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso... Este canon jurisprudencial tampoco permite revisar el importe de la indemnización concedida en el caso que enjuiciamos en casación, puesto que la denegación del lucro cesante no se efectúa en la sentencia recurrida por considerar que dicho tipo de perjuicio no sea susceptible de indemnización en el caso de haberse producido (con arreglo a la jurisprudencia que la parte recurrente cita), sino que la sentencia, partiendo de entender probada la existencia de una recuperación de la facturación en el cuarto trimestre de 1994, a la que acaba de hacerse referencia, y de que la parte demandante y ahora recurrente, pudiendo hacerlo, no aportó datos sobre el volumen de facturación u otros datos de mercado susceptibles de ser obtenidos durante los primeros meses del año 1995 anteriores a la interposición de la demanda -que hubieran permitido un cálculo prospectivo fundado en la proyección sobre el expresado ejercicio en su totalidad y el siguiente- considera que dicho lucro cesante correspondiente a los 1995 y 1996 no ha sido probado en cuanto a su misma existencia. Paladinamente afirma que “pese a ser presentada la demanda el 16 de junio de 1995, no se ha aportado ningún documento que permita apreciar el nivel de operaciones comerciales de la actora en ese período, haciendo una previsión de perjuicios que se extiende a dicho daño y al siguiente, sin ninguna prospección de mercado o corroboración apreciable por datos reales”²⁴⁸.

²⁴⁸ STS de 31 de octubre de 2007, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 8515, 2007).

De acuerdo con lo anteriormente estudiado, debemos extraer las siguientes conclusiones:

1) En un sentido negativo del lucro cesante indemnizable, no serán resarcidas aquellas ganancias frustradas fundadas en meros sueños o esperanzas. Tampoco aquellas que sean dudosas o contingentes; no basta con la simple posibilidad de que, de no haberse producido el incumplimiento, la ganancia hubiera ingresado en el patrimonio del perjudicado.

2) El Tribunal Supremo consciente de que nos situamos en un ámbito que participa de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios, ha suavizado el rigor que supondría exigir una certeza absoluta de su existencia y cuantía, afirmando que serán indemnizables cuando quede constatado que concurre verosimilitud suficiente para poder ser reputadas como muy probables, en la mayor aproximación a su certeza efectiva, que resulte del curso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso²⁴⁹.

3) Por lo que respecta a su cuantía, deberá ser calculado en virtud de los criterios objetivos de la experiencia, entre los que pueden servir los que operan en el mundo económico, contable, actuarial, asistencial o financiero según las disciplinas técnicas o científicas correspondientes.

4) La persona que reclame la indemnización del lucro cesante deberá probar el incumplimiento del contrato, que, de no haberse producido el mismo, las ganancias se hubieran obtenido, es decir, un vínculo causal entre el incumplimiento y el lucro frustrado, la probabilidad más cercana posible a la

²⁴⁹ Expresamente el TS mediante la sentencia de 6 de septiembre de 1991, ponente D. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 6045, 1991), en coherencia con el dogma en materia de indemnización del lucro cesante, de que debe concurrir un verosímil grado de certeza, declara en recurso de casación planteado en virtud de un litigio entre dos entidades mercantiles que suscribieron un contrato de obra que «si no ha podido [de]terminarse en el pleito cuál era la obra en cuestión y su volumen, faltan datos firmes para valorar un lucro cesante, sin que el auxilio a la equidad consienta su sustitución por un criterio meramente subjetivo, tanto más cuanto que es doctrina reiteradísima de esta Sala que el lucro cesante no puede ser dudoso o incierto».

certeza absoluta de la existencia del lucro, así como los medios objetivos idóneos que reflejen el importe del lucro frustrado.

Considero que en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo late lo establecido en la afortunada redacción del apartado segundo el parágrafo 252 del BGB, a saber: *«Considérase frustrada la ganancia que con cierta probabilidad fuese de esperar, atendiendo al curso normal de las cosas o a las especiales circunstancias del caso concreto, y particularmente a las medidas y providencias adoptadas»*. Estimo de alabar que la Comisión de Codificación, siendo sensible a los criterios de la probabilidad y del curso normal de las cosas, de forma especular a nuestra reiterada jurisprudencia y al citado artículo del BGB, en el párrafo segundo del artículo 1207 de la PMCC, dispone que *«para la estimación del lucro cesante se atenderá a la probabilidad de su obtención según el curso normal de los hechos y circunstancias»*.

Finalmente, del estudio jurisprudencial, nos resulta positivo observar cómo nuestros tribunales se están haciendo eco de los postulados de los PECL; así, la sentencia de 16 de abril de 2009 declara que «la denuncia de la infracción del Art. 1106 CC carece de fundamento a la vista de la sentencia recurrida. Según el Art. 1106 CC, este lucro cesante debe acordarse cuando se haya dejado de obtener una ganancia por parte del acreedor y, aunque es cierto que la jurisprudencia española ha sido restrictiva al señalar que no debe concederse indemnización en los casos de ganancias dudosas, sí se ha reconocido que, aplicando criterios de probabilidad, debe indemnizarse aquella “pérdida futura que razonablemente se prevea que puede ocurrir” (artículo 9:501 (2) PECL), criterio aplicado en la reciente doctrina de esta Sala con relación a las reclamaciones del lucro cesante»²⁵⁰. Tal vez, de una lectura superficial de la sentencia citada pudiera parecer que se está identificando el lucro cesante con el daño futuro, cuestión que hemos rechazado y que será objeto de análisis en el epígrafe siguiente. Considero que la correcta interpretación que debe realizarse de la comparación entre el lucro cesante y el

²⁵⁰ STS de 16 de diciembre de 2009, ponente D. Encarnación Roca Trías (RJ 859, 2010).

daño futuro, es la referida a la forma de determinarse su existencia, es decir, que ambos serán indemnizables siempre que superen un juicio objetivo de probabilidad o razonabilidad en cuanto a su producción. La coincidencia entre las interpretaciones del artículo 1106 del Código civil y del 9:501(2) de los PECL realizada por el Alto Tribunal, reafirma la importancia práctica de la atenuación del rigor en la estimación del lucro cesante que tradicionalmente venía declarando dicho tribunal. También debe destacarse en mérito de la citada sentencia el efecto permeable que está teniendo y que, seguramente, se acrecentará en lo sucesivo, respecto de futuros pronunciamientos jurisprudenciales, no sólo del Supremo, sino también de la jurisprudencia menor, lo que ya acreditan las sentencias de 6 de abril de 2011 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9ª)²⁵¹ y de 27 de mayo de 2011 de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 3ª)²⁵².

²⁵¹ Sentencia de 6 de abril de 2011 de la AP de Madrid (Sección 9ª), ponente D. Juan Ángel Moreno García (JUR 186877, 2011), que afirma que «como se recoge en la sentencia apelada y en el escrito de apelación, es doctrina legal reiterada recogida entre otras muchas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 “el lucro cesante debe acordarse cuando se haya dejado de obtener una ganancia por parte del acreedor y aunque es cierto que la jurisprudencia española ha sido restrictiva al señalar que no debe concederse indemnización en los casos de ganancias dudosas, si se ha reconocido que aplicando criterios de probabilidad, debe indemnizarse aquella “pérdida futura que razonablemente se prevea que puede ocurrir”, criterio aplicado en la reciente doctrina de esta Sala con relación a las reclamaciones por lucro cesante. Así la sentencia de 5 de mayo 2009, al analizar la postura de la jurisprudencia de esta Sala, dice que, “En cuanto a la alusión a la doctrina jurisprudencial debe responderse señalando que, si bien es cierto que en la misma se mantiene un criterio restrictivo en la materia, y se resalta que la existencia del perjuicio por el concepto de lucro cesante debe ser probada con una razonable verosimilitud, cosa que no ocurre (Sentencia 21 de abril de 2008) “cuando la ganancia o beneficio futuro se presenta como meramente posible o hipotético, existen dudas sobre su producción o no se aprecia su existencia en el marco de una lógica presunción sobre como habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso”, por lo cual, obviamente, no se produce la automaticidad a que alude la parte recurrente, sin embargo el artículo 1.106 del Código Civil, señala como concepto indemnizatorio el de “la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor”, o lo que es lo mismo, los incrementos patrimoniales que el acreedor esperaba obtener y que se han visto frustrados por la actuación de la parte contraria (Sentencia 16 de marzo de 2.009), cuya fijación, en cuanto que se refiere a beneficios futuros, debe obtenerse mediante apreciaciones prospectivas, fundadas en criterios objetivos de experiencia, entre los que pueden servir los que operan en el mundo económico, contable, actuarial, asistencial o financiero según las disciplinas técnicas o científicas correspondientes, de acuerdo con el examen y ponderación de las circunstancias de cada asunto (Sentencia de 21 de abril de 2.008); y esta doctrina no ha sido desconocida en el caso”. En el mismo sentido, la sentencia, la sentencia de 21 de abril 2008 señala que “En cuanto a los conceptos que se reclaman por lucro cesante, está Sala tiene declarado que el quantum (cuantía) de la indemnización por lucro cesante, cuando éste se refiere a beneficios futuros, debe obtenerse mediante apreciaciones prospectivas (juicio de probabilidad, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2003, recurso

4.4. Los daños no patrimoniales

4.4.1. Concepto

El daño no patrimonial ya ha sido definido como la lesión o vulneración del interés no patrimonial que sufre una de las partes contractuales como consecuencia del incumplimiento del contrato, interés que es reflejo de la utilidad, de la satisfacción no patrimonial o inmaterial que la misma tiene en el correcto cumplimiento del contrato. El daño no patrimonial supone una agresión a la esfera personal del perjudicado²⁵³.

Previamente al análisis del alcance de la indemnización del daño no patrimonial en los PECL, y a sus posibles límites, estimo necesario abordar su

3427/1997, fundadas en criterios objetivos de experiencia, entre los que pueden servir los que operan en el mundo económico, contable, actuarial, asistencial o financiero según las disciplinas técnicas o científicas correspondientes, de acuerdo con el examen y ponderación de las circunstancias de cada asunto; pero la existencia del perjuicio por este concepto debe ser probada con una razonable verosimilitud, cosa que no ocurre cuando la ganancia o beneficio futuro se presenta como meramente posible o hipotético, existen dudas sobre su producción o no se aprecia su existencia en el marco de una lógica presunción sobre como habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso (Sentencias Tribunal Supremo 31 de mayo 2007, 2007/40208, 18 de septiembre de 2007, recurso 4426/2000). Como consecuencia de ello se impone a la parte actora la carga de ofrecer los datos que, a tenor de la situación existente al presentar la demanda o en el momento de practicar la prueba, mediante su proyección sobre el período futuro objeto de la reclamación, permitan un cálculo prospectivo del lucro cesante (Sentencia Tribunal Supremo 31 de octubre de 2007). En el presente caso aplicando dicha doctrina, debe entenderse que la cantidad que se reclama en la demanda reconvencional de 4.500.000 # en concepto de lucro cesante esta huérfana de toda probabilidad o prueba de su efectividad; teniendo en cuenta que dicha petición se hace en base al contrato suscrito entre PUBLISCREEN Y PUBLISEIS, en fecha 27 de noviembre de 2006, folios 342 a 345 de los autos, en el que en su estipulación 2.1 se recoge que PUBLISEIS garantizaba a la parte esos ingresos netos de 900.000 # al año».

²⁵² Sentencia de 27 de mayo de 2011 de la AP de A Coruña (Sección 3ª), ponente D. Rafael Jesús Fernández-Porto García (JUR 224344, 2011).

²⁵³ Como indican ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., «el incumplimiento contractual puede causar daños no sólo pecuniarios, sino también no pecuniarios o morales. Mientras que la indemnización de los primeros no ha suscitado duda, sí la ha suscitado la indemnización de los segundos en el ámbito de responsabilidad contractual», *op. cit.*, p. 372

inclusión en los mismos y su estudio en otros textos uniformes del Derecho de la contratación.

4.4.2. El daño no patrimonial en los PECL y en otros textos uniformes

a) La inclusión del daño no patrimonial en los PECL

Los PECL admiten sin ningún género de duda la indemnización de los daños no patrimoniales²⁵⁴. Expresamente el párrafo segundo de su artículo 9:501 dispone que «*las pérdidas que cubre esta indemnización incluyen: (a) Pérdidas no pecuniarias*»²⁵⁵. En su Comentario, con mayor amplitud que la mera referencia a los daños no patrimoniales del precepto, se afirma que «las pérdidas reparables no se limitan a las pérdidas pecuniarias, sino que pueden cubrir también, por ejemplo, daños o sufrimientos, molestias o la carga psicológica o «daños morales» que el incumplimiento de la prestación suponga para la otra parte»²⁵⁶. A ello debe añadirse que, en las Notas de Derecho Comparado, de forma detallada se prevén como causas de los daños no patrimoniales el «daño y los inconvenientes subsiguientes al daño físico, a la vergüenza o a la vejación, o pueden derivar del ataque al honor, la reputación o

²⁵⁴ Sobre el daño no patrimonial en los PECL, *vid.*: CHENGWEI, L., «Remedies for Non-performance...», *op. cit.*, pp. 4 y 5; DIEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 372 y 373; MARI, A., «Commentary Arts. 9:501...», *op. cit.*, pp. 443 y 446; NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento...», *op. cit.*, pp. 1241 y 1242; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho...», *op. cit.*, pp. 89 y 90 y RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., «La reparación del daño moral en el marco del futuro Derecho contractual europeo», en AA. VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, (coordinadores Josefina Alventosa del Río y Rosa Moliner Navarro), Volumen II, Publicacions Universitat de València, Valencia, 2008, pp. 963 a 967.

²⁵⁵ Como ya habían sostenido los MAZEAUD, H. L. y J., «exigir un daño no significa exigir una pérdida pecuniaria. El hombre no sólo sufre cuando es lesionado en sus intereses materiales; un atentado contra sus intereses morales le puede resultar todavía más sensible. Eso quiere decir que la víctima de un *perjuicio moral* tiene el derecho de pedir reparación, igual que la víctima de un *perjuicio material*», *Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda, Volumen II. La responsabilidad Civil. Los cuasicontratos*, traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, p. 60.

²⁵⁶ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 641.

la personalidad de un determinado sujeto, o por la muerte de un cónyuge o de otra persona próxima»²⁵⁷.

Por tanto los PECL no sólo incluyen como una partida indemnizatoria el daño no patrimonial, sino que adoptan un concepto amplio del mismo²⁵⁸, lo que supone una importante diferencia respecto al silencio o limitada admisión del daño no patrimonial en los Códigos civiles europeos, que han motivado un importante esfuerzo jurisprudencial²⁵⁹, ya para admitirlos, ya para extender su ámbito de aplicación²⁶⁰. Dicha amplitud se pone de manifiesto no sólo en la extensión objetiva del daño no patrimonial, sino también en la subjetiva.

²⁵⁷ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 643 y 644.

²⁵⁸ Coincidimos con RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., quien al referirse al daño moral en los PECL (si bien estimo más acertado como ya se ha justificado el empleo de las expresiones daño no patrimonial o pérdidas no pecuniarias) sostiene que «se adopta un concepto amplio de tal clase de daño. En qué consiste un concepto amplio de daño moral. Por una parte, tal concepto aparece desligado del ataque o lesión dirigidos a bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad. En segundo lugar, se define el perjuicio moral como el impacto o el sufrimiento psíquico o espiritual que resulta de la lesión de cualquier interés jurídico, también en los casos en que el interés primariamente lesionado posee naturaleza patrimonial», «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, p. 964.

²⁵⁹ Como afirma RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., «la regla de la reparación del daño moral contractual introducida en los distintos trabajos de unificación del Derecho Privado Contractual europeo es innovadora, y en absoluto se limita a sancionar soluciones ya largamente asumidas en los diversos sistemas jurídicos nacionales. Todo lo contrario, tal admisión generalizada no está presente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales, produciéndose en este punto una confrontación clara entre las reglas de derecho privado europeo y las reglas nacionales, aunque bien es cierto que la jurisprudencia de muchos países mantiene en la actualidad una postura cada vez más favorable a la reparación de tal daño», «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, p. 938.

²⁶⁰ Tal y como afirman LANDO, O., BEALE, H., «los ordenamientos jurídicos se diferencian en el alcance de las reclamaciones por daños y perjuicios, así como en el tipo de daños concretos que se pueden compensar. a) Daños morales. En FRANCIA Y BÉLGICA ha habido importantes avances. Antiguamente era muy poco frecuente conceder indemnizaciones por daños morales, pero en la actualidad sí se permite su reparación en dicho concepto («*préjudice moral*»), lo que incluye los daños por ataques a la reputación o el honor de una persona, la pérdida de un pariente o amigo próximo, algunos daños físicos que no implican pérdida económica (pérdida del sentido del olfato, cicatrices que desfiguren el físico) y la decepción. V. *Viney*, *Conditions* n 253 ss y *Treitel*, *Remedies* § 156. El Derecho PORTUGUÉS también dispone normas sobre daños en el caso de pérdidas no pecuniarias, ver *Telles* 383, *Jorge* 597 y *Costa*, *Obrigações* 505 ss. Igual ocurre en el Derecho ESPAÑOL, STS 9 mayo 1984, 13 diciembre 1986, 3 junio 1991 (*Lacruz-Delgado*, II, 1, § 27, 211-212; *Díez-Picazo* II 688). b) Diferencia entre daños, sufrimientos y decepción. En el Derecho INGLÉS se pueden reparar en caso de incumplimiento, daños por pérdidas no pecuniarias como el dolor, el sufrimiento y las

Por lo que respecta a la extensión o ámbito objetivo del daño no patrimonial, las referencias a los sufrimientos, molestias, la carga psicológica o daños morales, así como los inconvenientes subsiguientes al daño físico, a la vergüenza o a la vejación, al ataque al honor, a la reputación o a la personalidad y la muerte, nos describen un daño no patrimonial amplio, que engloba todas las posibles perturbaciones o lesiones que afecten a la esfera personal de los contratantes. Considero que la enumeración que realizan los PECL no debe entenderse como *numerus clausus*, no sólo porque expresamente la dispone a modo de ejemplo, sino porque de la filosofía que subyace en la misma se desprende que tienen cabida bajo el concepto de daño no patrimonial todas las posibles lesiones que sufran las partes en su esfera

molestias físicas: e.g. *Godley v. Perry* [1960] 1 W.L.R. 9, Q.B.; *Hobbs v. L.S.W.R.* (1875) Lr 10 Q.B. 111, C.A. Sin embargo, no se otorga indemnización por daños ante vejaciones o decepción, salvo en casos en que el contrato tuviera que facilitar entretenimiento (e.g. un contrato de vacaciones con todo incluido: *Jarvis v. Swan Tours Ltd.* [1973] Q.B. 233, C.A.) o reposos y tranquilidad (*Heywood v. Wellers* [1976] Q.B. 446, C.A.): ver *Bliss v. SETRHA* [1985] I.C.R. 700, C.A. Estas decisiones judiciales se consideran vinculantes en IRLANDA, v. *Clark* 461. En el Derecho ESCOCÉS resulta similar al Derecho INGLÉS, ver e.g. *Diesen v. Samson* 1971 S.L.T. (Sh.Ct.) 49. En el Derecho AUSTRIACO, se pueden recuperar daños por dolor y sufrimiento, tanto por vía contractual como por vía penal (ABGB § 1325; v. también § 1331). No se restringe la reparación general por pérdidas no pecuniarias, v. (c) *infra*. c) Límites a la reparación de pérdidas no pecuniarias. Los ordenamientos ITALIANO, ALEMÁN, DANÉS, FINLANDÉS GRIEGO Y NEERLANDÉS sólo admiten la indemnización por daños respecto de pérdidas no pecuniarias si así se ha previsto por la ley; p.ej., v. BGB ALEMÁN, § 253; *Treitel*, Remedies § 157; el art. 2059 CC ITALIANO limita la indemnización en las acciones penales a casos en que la conducta del demandado tenga carácter delictual; esto excluye los daños no pecuniarios debidos al incumplimiento del contrato, v. *Cian & Trabucchi*, arts. 1223 y 2059. En ALEMANIA se ha aplicado la regla de los procesos civiles por daños contenida en el § 847 BGB, respecto de daños distintos a los monetarios o pecuniarios por daños físicos y detenciones ilegales, a casos que daban origen tanto a responsabilidad civil contractual como a responsabilidad penal, pero no a casos en los que la demanda se basaba exclusivamente en el contrato. Sin embargo, el § 651 BGB da derecho a que los clientes reciban una compensación razonable como consecuencia de unas vacaciones perdidas ya que, al incumplirse el contrato por parte de la agencia, se ha impedido o se ha perjudicado seriamente el viaje del cliente, v. § 253 BGB, etc. *Treitel* Remedies § 157. En AUSTRIA un prestigioso autor defiende que si ha habido negligencia grave se pueden recuperar cualesquiera pérdidas no pecuniarias: *Bydlinsky* Jbl 1965, 173, 237. En DINAMARCA y en los PAÍSES BAJOS las pérdidas o daños no pecuniarios suelen poder reclamarse en vía penal, y en ciertos casos, también se aplican a los contratos normas como las del art. 6:106 del BW NEERLANDÉS y los §§ 3 y 26 de la *Danish Damages act* 1984; v. en el ordenamiento NEERLANDÉS art 6:95 y 6:106 del BW y en el ordenamiento DANÉS, *Vinding Kruse* 345 ss.; en similar sentido, en el ordenamiento SUECO, ver *Hellner*, Skadestandsrätt 357 ss. y en el ordenamiento FINLANDÉS, v. *Taxell*, Skadestand 183. En el ordenamiento GRIEGO, v. art 299 CC (únicamente para supuestos civiles en los que se hayan violado derechos de la personalidad) y *Ligeropoulos*, Erm. AK art. Vol II/1 299 nos. 2-4, 8 (1994), que critica dicha norma», *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 643 y 644.

personal. De lo expuesto se colige que la concepción de la esfera personal que realizan los PECL es integral. Esto quiere decir que quedan protegidos los contratantes tanto en su ámbito interno, es decir el psicológico, el espiritual, lo que en nuestro Derecho se denomina daño moral, como en el ámbito externo, el físico, o que también se denomina el daño corporal. De ahí que hayamos afirmado que se protege de forma integral la esfera personal de los contratantes, tanto en su dimensión interna como externa.

En relación a la extensión o ámbito subjetivo del daño no patrimonial, las referencias a un determinado sujeto, o por la muerte de un cónyuge o de otra persona próxima, reflejan que el daño no patrimonial abarca no sólo a la parte contratante en sí misma considerada, sino también los efectos perjudiciales que los daños sufridos por la personas próximas a las partes contratantes tengan en el mismo.

Resulta muy ilustrativo de la concepción del daño no patrimonial en los PECL el propio ejemplo que cita el Comentario, de manera que si «A hace una reserva de vacaciones en la empresa B, que es una agencia de viajes. El paquete de las vacaciones reservadas incluye una semana en lo que se describe como una habitación espaciosa en un hotel de lujo con cocina excelente. En realidad, la habitación es un tugurio sucio, y la comida es espantosa. A tiene derecho a una indemnización por los inconvenientes sufridos y por aquello de lo que no ha podido disfrutar»²⁶¹.

En la actualidad, los problemas relativos al daño moral ya no giran en torno a su carácter indemnizable²⁶², sino en relación a su alcance, a la amplitud del mismo²⁶³.

²⁶¹ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, op. cit., p. 641.

²⁶² Como afirma MARTÍN PÉREZ, J.A., «ya no tiene sentido plantearse si el daño moral ha de ser indemnizado; hoy es una realidad fruto de una evolución difícil de cuestionar. En cambio, sí tiene sentido aún plantearse si es oportuno definir el daño moral y qué funciones cumple su resarcimiento, en cuanto que ello puede proporcionar pautas sobre el alcance de los supuestos indemnizables...el gran problema que plantea actualmente el daño no patrimonial es el de su cuantificación y la arbitrariedad que genera la falta de criterios que den uniformidad, dado que se hace preciso compensar económicamente sentimientos que no tienen un valor

b) El daño no patrimonial en la CISG

Por lo que respecta a la CISG, su artículo 74 establece el principio general de la reparación de los daños y perjuicios en los siguientes términos: *«la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato»*. El artículo, al disponer dicha regla general, alude al daño emergente y al lucro cesante y establece como límite de su indemnización el *test* de previsibilidad, omitiendo cualquier tipo de referencia expresa a la exclusión o inclusión del daño no patrimonial²⁶⁴. Difícilmente puede justificarse que tal omisión responda a una mera preterición no intencional, ya que, como señala PANTALEÓN PRIETO, la cuestión del daño no patrimonial ya fue discutida en la elaboración de la ULIS²⁶⁵.

pecuniario», «Prólogo», a la obra de BARRIENTOS ZAMORANO, M., *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, p. 21.

²⁶³ Al respecto, señala RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., que «cuando se estudia la regulación de cada uno de los textos, base de un futuro Derecho europeo de Contratos, se comprueba cómo el problema hoy en día no radica ya en la admisión de la reparación del daño moral contractual sino sobre todo en el alcance de ese reconocimiento. Así, el Código de Pavía adopta un concepto estricto de daño moral (muy ligado a la lesión de derechos de la personalidad) que tiene como consecuencia la restricción de las hipótesis de relaciones contractuales en que puede repararse el daño moral. Por el contrario, la adopción de un concepto amplio de daño no patrimonial en los citados Principios *Unidroit* o en los Principios de Derecho Contractual Europeo (identificado con el dolor, las molestias o el sufrimiento) tiene la indudable ventaja de ser una fórmula flexible, pero puede conducir, por una parte, a una apertura peligrosa a la reparación de tal daño en todos los casos de incumplimiento de contrato y, por otra, a la necesidad consiguiente de poner límites a tal indemnización», «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, p. 939.

²⁶⁴ GARRO, A.M., ZUPPI, A.L., *Compraventa internacional...*, *op. cit.*, p. 208.

²⁶⁵ Sostiene PANTALEÓN PRIETO, F., que «la tentación de resolver en sentido negativo la cuestión de la resarcibilidad en la Convención del *daño no patrimonial* sin más argumento que

Algunos autores han entendido que en la CISG el daño no patrimonial constituye una partida indemnizatoria más. Al respecto han indicado ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS, que «el texto oficial en inglés utiliza la expresión “sum” (suma), es decir, la compensación es monetaria, pero ello no quiere decir que no encuentre cabida dentro del artículo 74 daños que no tengan una traducción monetaria inmediata (daño abstracto, por ejemplo, pérdida de reputación, sino que necesitan de una estimación por parte del tribunal»²⁶⁶. La referencia al *valor de la pérdida sufrida* ¿tiene que ser obligatoriamente interpretada como valor de una pérdida patrimonial?, ¿podría tener cabida la valoración en dinero de pérdidas sufridas en intereses no patrimoniales? ¿Ha sido en nuestro Derecho el tenor literal del artículo 1106 del Código un obstáculo al reconocimiento jurisprudencial del daño moral?²⁶⁷ Estimo precipitada la exclusión de forma radical de la indemnización del daño no patrimonial en la CISG basándonos sólo en el artículo 74.

Antes de pronunciarnos sobre si la CISG incluye o no como daños indemnizables los no patrimoniales, debemos acudir a otros de sus preceptos. El artículo 2 enumera una serie de contratos de compraventa que quedan fuera del ámbito de aplicación de la Convención; concretamente su apartado a) hace referencia a las *«mercaderías compradas para uso personal, familiar o*

el del «acento patrimonial» de la expresión «el valor de la pérdida sufrida y de la ganancia dejada de obtener» en el inciso primero del artículo comentado debe ser resistida. Dichas palabras de la versión española de la Convención se corresponden con locuciones de las versiones inglesa («*the loss, including loss profit*») y francesa («*à la perte subie et au ain manqué*») iguales a las utilizadas con idéntica finalidad en los artículos 82 y 86 LUVI, donde ciertamente no bastaron para evitar una polémica sobre resarcibilidad del daño no patrimonial en la Ley Uniforme, que la opinión dominante resolvió afirmativamente», «Comentario artículo 74...», *op. cit.*, p. 593.

²⁶⁶ ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, p. 223. En el mismo sentido RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, p. 951.

²⁶⁷ Como indica PANTALEÓN PRIETO, F., «ni entre nosotros ni en el Derecho francés se han considerado las letras de los artículos 1.106 CC y 1.149 *Code* argumento sólido contra la resarcibilidad del daño moral contractual», «Comentario artículo 74...», *op. cit.*, p. 593. En el mismo RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, p. 951.

doméstico»²⁶⁸; el artículo 5 dispone que «la presente Convención no se aplicará a la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías»²⁶⁹, y el artículo 7.2 relativo al método de integración de las lagunas²⁷⁰.

De la lectura de los tres artículos enunciados se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- En el apartado a) del artículo 2 de la CISG se excluyen expresamente de su ámbito de aplicación los contratos de compraventa que tengan por objeto mercaderías para uso personal, familiar o doméstico. Lo que se está excluyendo es su aplicación a los contratos realizados con consumidores, contratos que, como afirma PANTALEÓN PRIETO, son «los únicos cuya carencia suele causar al comprador perjuicio no patrimonial»²⁷¹, lo que le lleva a sostener al autor citado que «es prácticamente imposible concebir en el ámbito de aplicación de la Convención un ejemplo de incumplimiento que cause al comprador un daño no patrimonial»²⁷². No coincidimos con las anteriores afirmaciones de PANTALEÓN PRIETO. Una vez que dos empresas celebran un contrato sometido al régimen de la CISG, puede producirse un incumplimiento

²⁶⁸ Vid., sobre el artículo 2 de la CISG: OLIVA BLÁZQUEZ, F., *Compraventa Internacional de Mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002 y CAFFARENA LAPORTA, J., «Comentario artículo 2», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 59 a 67.

²⁶⁹ Vid., sobre el artículo 5 de la CISG, ROJO AJURIA, L., «Comentario artículo 5», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 87 a 92.

²⁷⁰ Vid., sobre el artículo 7 de la CISG: ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, pp 118 a 120. CALVO CARAVACA, A.L., «Comentario artículo 7», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 110 a 113.

²⁷¹ PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario artículo 74...», *op. cit.*, p. 593. En el mismo RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, pp. 951 y 952.

²⁷² PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario artículo 74...», *op. cit.*, p. 593. Vid., también ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, pp. 91 113.

que conlleve perjuicios no patrimoniales, por afectar a la reputación o al buen nombre comercial de la que lo sufre. Que dichos perjuicios no sean frecuentes no puede llevarnos a negar de plano su compensación, máxime cuando existen sentencias que tácitamente han reconocido su indemnización.

- En virtud del artículo 5 de la CISG, se excluye expresamente de su ámbito de aplicación la responsabilidad del vendedor derivada de la muerte o las lesiones corporales producidas por las mercaderías. Estimo que tal exclusión no debería suponer un argumento lo suficientemente convincente para decantarnos en favor de la exclusión del daño no patrimonial en la indemnización, porque tales hechos no agotan las múltiples circunstancias productoras del daño no patrimonial. ¿Podría producirse un daño no patrimonial cuando del incumplimiento del contrato derive una pérdida de reputación, crédito comercial o incluso de clientela? Un sector de la doctrina afirma que en los supuestos que el incumplimiento produce esos daños, en realidad se está en presencia de un daño patrimonial²⁷³. Sin embargo, otro sector sostiene que esos perjuicios son daños no patrimoniales²⁷⁴.

²⁷³ PANTALEÓN PRIETO, F., afirma que «el daño no patrimonial no es resarcible en la Convención; y en el bien entendido de que un perjuicio medible en dinero, como por ejemplo la pérdida de negocio provocada por el deterioro del crédito o prestigio ante la clientela, no deja de ser patrimonial, indemnizable en la cantidad que el Juez o el Tribunal arbitral estime razonable si previsible al tiempo de contratar, por el hecho de que no pueda cifrarse con exactitud», «Comentario artículo 74...», *op. cit.*, p. 594; En el mismo sentido VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *Compraventa internacional...*, *op. cit.*, p. 302.

²⁷⁴ Afirma CHENGWEI, L., que el «art. 74 CISG is, however, not applied to claims for damages in the case of the death or the bodily injury of a person caused by the goods, irrespective of whether or not the contracting party himself or a third person is involved. Art. 5 CISG excludes the claim for such damages from the scope of the Convention. The CISG only knows of compensation in money. However, a rule governing such non-pecuniary loss might find application, in international commerce, in regard to contracts concluded by artists, outstanding sportsmen or women and consultants engaged by a company or by an organization. Therefore, recoverable loss under both UPICC and PECL, whose sphere of applications is each broader than the CISG and not limited to sales of goods, is not confined to pecuniary loss but may cover non-pecuniary loss, for example, pain and suffering, inconvenience and mental distress resulting from the failure to perform. Art. 7.4.2(2) UPICC expressly provides for compensation also of non-pecuniary harm and states: “Such harm may be non-pecuniary and includes, for instance, physical suffering or emotional distress.”... However, one should note that such a radical difference between the damages provisions in the CISG and those in the two Principles, namely in respect of non-pecuniary damages or damages resulting from personal injury or death, “does not so much reflect a difference in the basic approach between the CISG and UNIDROIT Principles [as well as European Principles] as the

- El párrafo segundo del artículo 7 regula el método de integración de las lagunas estableciendo que «*las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la Ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado*»²⁷⁵. Como

fact that the drafters of the CISG wished to remove the complex area of products liability from the sphere of the CISG. The fact that such a provision is included in the UNIDROIT Principles [as well as European Principles] provides good grounds for arguing that the provisions of article 5 CISG should be restrictively interpreted and only the liability for personal injury or death should be excluded, but not other personal damages such as damage to reputation.” It is submitted that there may be at least two kinds of situations in which this type of loss may be compensated under the CISG. The first situation is the one where the purpose of the transaction is entirely non-material, and the parties are aware of such a purpose. Accordingly, the loss, caused by the breach, which totally or substantially undermines the whole (non-material) purpose of the transaction, should be recoverable. However, in a context of international commerce, the situations of this kind seem to be quite non-typical. The second situation is where an injured party’s business reputation was negatively affected as a result of the breach. In commerce in general and in international sales, in particular, business reputation plays an important role. It can affect and sometimes pre-determine the state of affairs of a subject of commercial activity. Thus, it is suggested that, at least in theory, loss of reputation *in itself* should be recoverable under Art. 74», «Remedies for Non-performance...», *op. cit.*, pp. 4 y 5. En el mismo sentido EISELEN, S., sostiene que «here is one radical difference between the damages provisions in the CISG and those in the UNIDROIT Principles, namely in respect of non-pecuniary damages or damages resulting from personal injury or death. Article 5 CISG excludes the claim for such damages from the scope of the Convention. Therefore, whether a party will be entitled to such damages will depend on the provisions of the applicable national legal system. However, article 7.4.2 of the UNIDROIT Principles specifically includes liability for such damages. This does not so much reflect a difference in the basic approach between the CISG and UNIDROIT Principles as the fact that the drafters of the CISG wished to remove the complex area of products liability from the sphere of the CISG. The fact that such a provision is included in the UNIDROIT Principles provides good grounds for arguing that the provisions of article 5 CISG should be restrictively interpreted and only the liability for personal injury or death should be excluded, but not other personal damages such as damage to reputation», «Remarks on the Manner in which the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts May Be Used to Interpret or Supplement Article 74 of the CISG», October 2004, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni74.html>. En nuestra doctrina PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., sostiene que «en el concepto de daños recogidos en el artículo 74 CNUCCIM se acoge el daño actual o daño efectivamente sufrido y el lucro cesante o ganancia dejada de obtener. Parece asimismo que pueden entrar dentro del ámbito de aplicación otros tipos de daños siempre que cumplan con el test de previsibilidad del artículo 74 CNUCCIM y, en particular, que puedan configurarse como consecuencia posible del incumplimiento del contrato. En otros términos, los daños directos e indirectos pueden ser reclamados. Así por caso, el daño moral (pérdida de reputación, por ejemplo), sea o no éste causado por una actitud fraudulenta o engañosa», «El contrato de compraventa internacional...», *op. cit.*, p. 66. En el mismo sentido ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil Internacional...*, *op. cit.*, p. 223

²⁷⁵ Afirma CALVO CARAVACA, A.L., que «el artículo 7.2 sigue en este punto fielmente el precedente del artículo 17 de la LUVI, que también recurría a los principios generales del

afirman ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS, «la principal virtud de este artículo consiste en evitar cualquier recurso prematuro al Derecho nacional, a la vez que logra crear un sistema autosuficiente que, como es lógico, no pretende regular todas las cuestiones que en una compraventa puedan suscitarse... De todas formas, el que las lagunas deban solucionarse acudiendo a los principios generales es lo más adecuado si se piensa que el propósito de la Convención es llegar a convertirse en un derecho de la compraventa de aplicación general y universal»²⁷⁶. Si del tenor literal del artículo 74 se extrae el principio general de *full compensation*, y en virtud del artículo 7.2 una de las formas de integrar las lagunas es mediante los principios generales proporcionados por la propia CISG, la ausencia de una remisión expresa al carácter indemnizable del daño no patrimonial podría resolverse mediante el principio de reparación integral del daño.

El Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías²⁷⁷ establece que «el artículo 74 no excluye las pérdidas relativas a intereses inmateriales, como las que afectan al prestigio de una parte agraviada a raíz del incumplimiento de la otra parte. Algunos fallos han reconocido tácitamente el derecho a indemnización de los daños y perjuicios resultantes de atentados contra la reputación o el buen nombre, pero por lo menos uno denegó ese derecho con arreglo a la Convención. Un tribunal consideró infundada una reclamación por pérdida de clientela y pérdida de

Derecho para colmar las lagunas legales. Estos plantean tres problemas fundamentales: el de su justificación, el de la determinación del momento o fase en que podrá acudir a ellos por parte de tribunales u órganos arbitrales y el de la enunciación de cuáles son. Su utilización está justificada por el deseo de procurar que sea la propia Convención de Naciones Unidas la que suministre la solución a los problemas jurídicos incluidos en su ámbito de aplicación, evitando en la medida de lo posible el recurso a los sistemas de Derecho internacional privado y Derechos materiales de los Estados contratantes de acuerdo con el espíritu del artículo 1 de la Convención. Exigencias de seguridad jurídica aconsejan no acudir a ellos más que cuando los métodos de interpretación ordinarios -incluida, por ejemplo, la analogía y argumento *a contrario*- no permitan encontrar una solución con base en una disposición expresa del mismo texto convencional», «Comentario artículo 7», op. cit., p. 111.

²⁷⁶ ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil...*, op. cit., pp. 118 y 119.

²⁷⁷ http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_godds.html.

reputación»²⁷⁸. Las sentencias que han reconocido tácitamente la indemnización por los daños en la reputación y el buen nombre son: “Helsingin hovioikeus”, Finlandia, 26 de octubre de 2000, en la que se afirma que la indemnización relacionada con la pérdida del buen nombre se calcula con arreglo al código de procedimiento civil nacional²⁷⁹; “Handelsgericht des Kantons Zürich”, Suiza, 10 de febrero de 1999, en la que se indica que el artículo 74 incluye la indemnización por pérdida del buen nombre, si bien la parte agraviada no acreditó la legitimidad de su acción²⁸⁰; “Cour d’appel Grenoble”, Francia, 21 de octubre de 1999, no se indemniza la pérdida del buen nombre con arreglo a la Convención a menos que se prueben daños y perjuicios de carácter comercial²⁸¹. Expresamente ha negado que pueda resarcir el daño no patrimonial en la CISG, el laudo del Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia, 3 de marzo de 1995 al afirmar expresamente que el “daño moral” no da derecho a indemnización con arreglo a la CISG²⁸². Por último, haciendo depender la indemnización de la pérdida de reputación del perjuicio económico

²⁷⁸ Vid., en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_godds.html. Además de las anteriores sentencias EISELEN, S., cita otras pronunciamientos, a favor o en contra de la indemnización de la lesión de la reputación comercial «Liability for a loss of reputation seem to be generally recognized as one such instance, see relevant case law: Russia 24 January 2000 Arbitration proceeding 54/1999, available online at <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000124r1.html>>; Switzerland 28 October 1998 *Bundesgericht* [Supreme Court], available online at <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981028s1.html>>; Germany 21 September 1995 *Landgericht* [District Court] Kassel, available online at <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950921g1.html>>. See also Staudinger/Magnus, Art 74, Rn 27, 45 & 50; Witz/Salger/Lorenz, Art 74, Rn 14; Honsell/Schönle, Art 74, Rn 2 & 7. However, for a contrary decision, see France 21 October 1999 *Cour d’appel* [Appellate Court] Grenoble (*Calzados Magnanni v. Shoes General International*), available online at <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991021f1.html>>», *Remarks on the Manner in which the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts May Be Used to Interpret or Supplement Article 74 of the CISG*, October 2004, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni74.html>.

²⁷⁹ Puede consultarse (en inglés) en la siguiente dirección de Internet: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/001026f5.html>. Vid., en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_godds.html.

²⁸⁰ Caso CLOUT núm. 331, vid., en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_godds.html.

²⁸¹ Caso CLOUT núm. 313, vid., en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_godds.html.

²⁸² Vid., en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_godds.html.

que de ella derive, Landgericht Darmstadt, Alemania, 9 de mayo de 2000, en la que el atentado contra la reputación no tiene importancia sin pérdida de clientela y la consiguiente pérdida de ganancias²⁸³.

En la misma línea, los *Comments to CISG Advisory Council Opinion* afirman que «pecuniary damages caused by a loss of goodwill also are, in principle, compensable under article 74. However, article 74 does not permit recovery of non-material loss. Therefore, recovery of damages for loss of goodwill is available only if the aggrieved party can establish with reasonable certainty that it suffered a financial loss because of a breach of contract. While article 74 does not expressly provide for the recovery of loss of goodwill, such damages are permitted under the article's principle of full compensation. In addition, both PECL article 9:501(2)(a) and UNIDROIT PRINCIPLES article 7.4.2 allow for recovery of goodwill»²⁸⁴.

De las opiniones doctrinales y jurisprudenciales expuestas resulta que la cuestión del carácter resarcitorio del daño no patrimonial en la CISG dista mucho de ser pacífica. Los argumentos a favor o en contra de su indemnización son los siguientes:

1) Si bien estimo que el argumento más plausible en contra de su indemnización podría ser el acentuado carácter comercial del tipo de contratos ante el que nos encontramos²⁸⁵, y resultar ciertamente difícil que el incumplimiento del contrato entre comerciantes genere un perjuicio en su esfera personal, ello no debería llevarnos a la exclusión de su indemnización; por lo que, a nuestro juicio, la indemnización del daño no patrimonial sí tiene cabida en la CISG, apoyándonos en el principio de reparación integral del daño, y en el hecho de que no se encuentre expresamente excluida su

²⁸³ Caso CLOUT núm. 343. *Vid.*, en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_godds.html.

²⁸⁴ <http://law.pace.edu/cisg/>.

²⁸⁵ En contra de su indemnización, RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, pp. 951 y 952.

indemnización. De la misma forma que el artículo 5 declara que no será aplicable a la responsabilidad por la muerte y las lesiones corporales causadas por las mercaderías, podía haber excluido cualquier tipo de daño no patrimonial, y no lo hizo. Cuestión diferente será, que en la práctica, dichos daños se produzcan en contadas ocasiones.

2) Como argumento en contra de su indemnización, se ha señalado el *test* de previsibilidad. Al respecto, afirma RODRÍGUEZ GUTIÁN que «no parece que pueda reclamarse la frustración que para la parte cumplidora suponga el incumplimiento contractual, porque, como he dicho antes, ni es previsible en este tipo de contratos ni probablemente tal sentimiento de frustración tenga la entidad suficiente para calificarlo como daño moral»²⁸⁶. Considero que la presencia del *test* de previsibilidad en la CISG, más que como un argumento contrario a la indemnización del daño no patrimonial, debe servirnos de todo lo contrario, para su afirmación. Dicho *test*, si bien tiene en consideración lo que las partes habían previsto o debieron haber previsto en el momento de la celebración del contrato, opera a posteriori del incumplimiento, tiene una función limitadora de los daños no previstos, por lo que para limitar algo, ese algo tiene que existir previamente. Por lo tanto, estimo válido que el *test* de previsibilidad resulte útil para limitar los daños no patrimoniales, como para cualquier otro tipo de daños, pero partiendo de la premisa de que son daños que se han producido. Sería un atentado contra la voluntad de las partes que han previsto o pudieron prever la producción de un daño no patrimonial, que no fuera resarcido una vez que el mismo ha cobrado vida como consecuencia del incumplimiento.

3) El centro del conflicto en torno al daño no patrimonial en la CISG se ha circunscrito a los daños producidos en la reputación, el crédito comercial, y el buen nombre. Siendo coherentes con la distinción entre los daños patrimoniales y no patrimoniales sostenida, lo relevante en orden a la calificación del daño no es el bien material o inmaterial que resulta afectado,

²⁸⁶ RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, p. 953.

sino el interés o intereses que dicho bien satisface. Por ello, seguramente, en la mayoría de los casos de incumplimientos en que el bien inmaterial de la reputación o crédito comercial resulte afectado, producirá una pérdida de negocio o de clientela, es decir, nos encontraremos ante un supuesto de daños patrimoniales, de ganancias, pero ello no nos debe llevar a descartar que también puedan producirse daños en un interés no patrimonial.

4) También se ha argumentado en contra de la indemnización del daño no patrimonial, que «el concepto de daño moral, al menos en sentido clásico, en cuanto sufrimiento, angustia, preocupación, es difícilmente conciliable con el de la persona jurídica»²⁸⁷. Recuérdese que el párrafo tercero del artículo 1 de la CISG expresamente indica que *«a los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato»*²⁸⁸. Sin ser ajenos a que en la mayoría de los contratos comerciales a los que se aplica la CISG, los sujetos intervinientes son personas jurídicas, sin embargo nada obsta que también sean empresarios personas físicas, por lo que no debe privarse a los mismos de su reparación. Y ello, sin contar hasta qué punto podría resultar viable y no discriminatorio que se pudieran lesionar intereses no patrimoniales a las personas jurídicas que no fueran objeto de la correspondiente indemnización, por muy remotas que puedan parecer. Por lo que será objeto de indemnización el daño moral sobre el honor de las personas jurídicas. Pensemos, por ejemplo, en un empresario persona física suizo de prestigio internacional que suministra una determinada joya para su incrustación en el salpicadero de determinados vehículos de alta gama, que advierte a los propietarios de la empresa Ferrari que sus joyas sólo podrán incorporarse a los vehículos que cumplan tal cualidad. Una vez celebrado el contrato de suministro, la empresa Ferrari decide incorporarlos a un nuevo y exclusivo modelo de Fiat Uno, que no cumple con la cualidad de vehículo de

²⁸⁷ RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, p. 954.

²⁸⁸ CALVO CARAVACA, A.L., «Comentario artículo 1», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, p. 50.

alta gama. Dicho incumplimiento podrá no sólo lesionar el prestigio y reputación del joyero suizo, con la correspondiente pérdida de clientela y de ganancias, sino que también podría producirse un perjuicio que le afectaría originándole grandes trastornos psicológicos y depresión mental.

Por todo lo expuesto, debemos concluir que sí tiene cabida en la CISG la indemnización de los daños no patrimoniales, con fundamento en el principio de reparación integral del daño de su artículo 74, si bien dicha admisión queda limitada por la exclusión expresa de su artículo 5 respecto de la muerte y las lesiones corporales. Y ello, sin ser ajenos a que en la práctica resulte difícil, pero no imposible, que tales daños se produzcan, y que una vez producidos tengan que ser lógicamente probados y superar el *test* de previsibilidad.

c) El daño no patrimonial en los PICC

En los PICC, es el artículo 7.4.2 el que, partiendo del principio de reparación integral del daño, establece cuáles son las partidas que se integran dentro del daño indemnizable. Dispone en su párrafo primero, que *«la parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios»*. Dicho párrafo, siguiendo lo ya dispuesto por la CISG, concreta que el daño que se debe reparar incluye los daños emergentes y los lucros cesantes, sin que en ningún caso se pueda producir un enriquecimiento de la parte perjudicada por el incumplimiento, por lo que, mediante la figura de la *compensatio lucri cum damno*, el perjudicado tendrá derecho a una indemnización por los daños netos, una vez descontadas las ganancias obtenidas por el incumplimiento, ya derivados de los gastos no realizados, como de las pérdidas evitadas como consecuencia del incumplimiento. Por lo que en este epígrafe nos interesa el párrafo segundo al disponer que *«tal daño puede ser no pecuniario e incluye,*

por ejemplo el sufrimiento físico y la angustia emocional»²⁸⁹ consagra expresamente el carácter indemnizable de los daños no pecuniarios o no patrimoniales, lo que resulta una novedad respecto de los precedentes textos uniformes del comercio internacional, si bien en los Derechos nacionales ya ha venido aceptándose en vía jurisprudencial. Más aún, cuando se aplicaría esencialmente a empresas personas jurídicas

Considero que los PICC adoptan un concepto de daño no patrimonial en sentido amplio, y ello por las siguientes razones.

Primera, una vez admitido que dicho daño debe ser resarcido, establece como ejemplos el sufrimiento físico y la angustia emocional. Además de que, como la norma expresamente dispone son meros ejemplos, por lo que no nos encontramos ante un *numerus clausus*, sino ante una cláusula abierta, estimo que los ejemplos deben ser interpretados en el sentido de englobar todos los perjuicios o lesiones que afecten a la esfera de la persona en su total integridad, bien en su dimensión externa o corporal, sufrimiento físico, bien en su dimensión interna o espiritual. Las referencias al sufrimiento físico y la angustia emocional han sido criticadas por un sector de la doctrina²⁹⁰, que considera que, dado que, nos encontramos en el ámbito de la contratación

²⁸⁹ Sobre el daño no patrimonial en los PICC, *vid.*, entre otros: BONELL, M.J., *I Principi Unidroit nella...*, *op. cit.*, pp. 393 a 397; MORÁN BOVIO, D., «Capítulo 7. Incumplimiento», en AA. VV., *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, (coordinado por David Morán Bovio), Aranzadi, 2ª edición, Navarra, 2003, pp. 357 a 360; RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, pp. 960 a 963; VIGURI PEREA, A., *Los Contratos Comerciales...*, *op. cit.*, pp. 229 y 230.

²⁹⁰ Al respecto, MORÁN BOVIO, D., afirma que «la *pérdida de prestigio* que puede significar el incumplimiento para quien actúe en el comercio internacional, referida en el *Comentario* a prestaciones de carácter marcadamente subjetivo (arquitecto, consultor, etc.), quizá debería trasladarse al elenco abierto de lo que incluye el *Artículo 7.2.4(2)*, a fin de que este precepto adquiriera un tono empresarial más destacado. Efectivamente, frente al *sufrimiento físico y la angustia emocional*, la *pérdida de prestigio* acarrea, sin duda, un matiz que aproxima más el *Artículo 7.4.2* al ámbito propio de la contratación internacional. Ese añadido puede lograr, igualmente, que se acomode mejor el *Artículo 7.4.2(2)* al *Artículo 7.4.4*, porque mientras el *sufrimiento físico y la angustia emocional* son difícilmente previsibles, la *pérdida de prestigio* cuenta con un margen mayor de previsibilidad». Incluso, propone que el tenor literal del párrafo segundo del artículo 7.4.2 debería ser «(2) Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, la pérdida de prestigio, el sufrimiento físico y la angustia emocional», «Capítulo 7. Incumplimiento...», *op. cit.*, pp. 359 y 360. En el mismo sentido RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, p. 961.

internacional, hubiera sido más correcto que se hubiera introducido la pérdida de prestigio como daño no patrimonial típico, si bien se hace referencia a dicha pérdida en el Comentario. Estimo que tal apreciación no es errónea, puesto que seguramente será el que se produzca con mayor frecuencia en la práctica. También considero acertado el tenor literal del párrafo segundo, ya que se trata de meros ejemplos, de los que hemos extraído el principio de la protección de la persona en su total integridad.

Segunda, los ejemplos del tenor literal del precitado párrafo segundo deben ser completados con lo dispuesto en su Comentario²⁹¹, que expresamente dispone que el daño no patrimonial «puede tratarse de un dolor físico y sufrimiento emocional, la pérdida de ciertos placeres, el daño estético, etc., así como el daño ocasionados por ataques al honor o a la reputación».

Tercera, en el articulado de los PICC no existe, de forma similar al artículo 5 de la CISG, restricción al resarcimiento de ningún tipo de daño no patrimonial. Tal afirmación tiene más valor aún si cabe, teniendo en cuenta que los PICC tampoco son aplicables a los contratos con consumidores y, como se recordará, entre los argumentos esgrimidos por los partidarios de la exclusión de la indemnización del daño no patrimonial en la CISG se encontraba el hecho de que no estaban dentro de su ámbito de aplicación tales contratos.

La cuestión de la indemnización de los daños no patrimoniales en los PICC, sólo ha sido abordada, hasta la fecha, por un laudo arbitral del Centro de Arbitraje de México (CAM), de fecha 30 de noviembre de 2006²⁹². La controversia resuelta por el laudo tiene su base en el contrato firmado el día 29 de septiembre de 2004, entre un agricultor mexicano de pepinos y calabazas, parte demandada, y una distribuidora norteamericana, parte actora. La

²⁹¹ El Comentario al párrafo segundo del artículo 7.4.2 dispone expresamente que el daño no patrimonial puede apreciarse «en materia de contratos celebrados por artistas, deportistas famosos y famosas o consultores contratados por una empresa u organización».

²⁹² <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1149>.

demandada se comprometió a cultivar pepinos y calabazas para que fueran distribuidos por la actora, con la inclusión de una cláusula de exclusiva, en virtud de la cual, la demandada no podía vender dichos productos a otras empresas de Estados Unidos y Canadá. La parte actora se obligó a canalizar tales mercancías en California, pagando un precio por los mismos y obteniendo a cambio una comisión. La actora entregó la cantidad de 29.400 dólares para que el agricultor comenzara el cultivo de las legumbres, y no sólo no le entregó los productos, sino que incumplió el pacto de exclusividad al realizar ventas a compradores del Sur de California. De los distintos puntos controvertidos resueltos por el laudo, el que aquí nos interesa es el identificado con la letra g), relativo a la existencia de daños y perjuicios. La actora había solicitado de la Corte de Arbitraje una indemnización que incluyera las comisiones frustradas, la pérdida de expectativas de negocio y el daño moral por los menoscabos de su imagen y crédito. Además, pedía la ejecución de la pena convencional acordada en el contrato, el reembolso de la cantidad de 29.400 dólares entregada en calidad de mutuo y como anticipo, más los intereses. La Corte Arbitral concede todas las peticiones al actor excepto la indemnización del daño no patrimonial, argumentando que «si bien el artículo 7.4.2(2) de los Principios Unidroit contempla la posibilidad de obtener indemnización por daños no pecuniarios, lo cual incluye daño moral, le corresponde a la Actora demostrar la existencia del daño y cómo indemnizarlo. Y ello no ha tenido lugar. La reclamación está mencionada mas no probada. No hay elemento probatorio alguno que apunte hacia desprestigio de EL ACTOR o el Sr. “X”. El posible imaginar que el mismo haya tenido lugar, pero el Tribunal no está dispuesto a suponerlo en ausencia de prueba alguna de la Actora. Por consiguiente, la reclamación por daño moral es rechazada por carencia de elementos probatorios de la misma y del monto de su indemnización»²⁹³.

²⁹³ Como acertadamente afirma RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., quien también ha comentado el laudo, «en la mayoría de los supuestos en que se reclame la reparación del daño moral contractual consistente en la pérdida de reputación mercantil, tanto a la luz de la Convención de Viena de 1980 como a la luz de los Principios *Unidroit*, el principal obstáculo para el demandante no va a radicar tanto en que tal daño moral tenga cobertura teórica dentro de tales textos normativos, cuanto en el problema práctico de la acreditación de la existencia de tal clase de daño», «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, p. 963.

Además del laudo citado, donde la existencia del daño no patrimonial se centra en la pérdida de reputación, el propio Comentario al artículo 7.4.2 de los PICC describe el siguiente ejemplo: «"A", un joven arquitecto que ha comenzado a crearse cierto prestigio, firma un contrato para la modernización de un museo municipal de bellas artes. El nombramiento recibe amplia difusión por la prensa. Las autoridades municipales deciden posteriormente contratar los servicios de un arquitecto más experimentado y resolver el contrato con "A". "A" puede obtener el resarcimiento, pero no sólo por las pérdidas materiales sino también por el daño a la reputación». Como se observará, la cuestión relativa al daño no patrimonial en los PICC, al igual que en la CISG, parecen tener en especial consideración los daños producidos en la reputación, el crédito comercial, el buen nombre, lo cual es lógico dado el ámbito contractual en el que nos encontramos, por lo que debemos reiterar lo ya afirmado respecto de la CISG. Lo que cualificará al daño como patrimonial o no, no será el bien material o inmaterial que resulte afectado, sino el interés o intereses que dicho bien satisface. Por ello, en los casos de incumplimientos en que el bien inmaterial de la reputación o crédito comercial resulte afectado, como en el de cualquier otro tipo de bien lesionado, ya sea material o inmaterial, podrá ocurrir que produzca la insatisfacción, tanto de un interés patrimonial, no patrimonial, o incluso ambos.

Por último, debe resaltarse una importante diferencia entre los PICC y los PECL, respecto a la forma de la reparación de los daños no patrimoniales. Expresamente en el artículo 9:502 de los PECL, se establece que la indemnización siempre consistirá en una suma, un importe de dinero que sitúe a la parte perjudicada en una posición lo más parecida posible a la que tendría si el contrato se hubiera cumplido correctamente. Sin embargo, en el Comentario al artículo 7.4.2 no se le confiere la exclusividad de la reparación del daño no patrimonial a una suma pecuniaria. Expresamente dispone que «la reparación del daño moral puede asumir diferentes formas y toca a los tribunales resolver cuál de ellas, ya sea sola o acompañada de la reparación del daño material, garantiza mejor los efectos de la reparación integral. Los tribunales no sólo pueden reclamar el pago de una compensación monetaria,

sino también otras formas de reparación, tales como la publicación de un aviso o noticia en un periódico determinado (v.gr. en el caso de violar la cláusula que prohíba la competencia o la reapertura de un negocio, la difamación, etc.)». Considero interesante la posibilidad que se ofrece en los PICC respecto a las formas que puede adoptar la reparación, teniendo siempre presente su mejor adecuación a la reparación integral del daño. Qué duda cabe, que para la reparación de los daños no patrimoniales, junto a una suma de dinero, también pueden resultar satisfactorio para el que sufre el incumplimiento, la publicación de la sentencia en la que se condena al incumplidor, o de una noticia con la se rectifique el incumplimiento que ha dañado su nombre comercial o reputación. Desde el momento que los PECL reconocen la indemnización de los daños no patrimoniales, la ausencia del establecimiento de una forma de reparación distinta al dinero lo considero un olvido que podría subsanarse bien porque los Tribunales lo consideren necesario y se condene al deudor al pago de tales publicaciones -basándose en los PICC-, o que se tenga en consideración como una partida indemnizatoria más el coste de realizar las publicaciones o noticias con las que se pretende reparar el daño.

d) El daño no patrimonial en el CEC

El CEC dispone expresamente, como uno de los efectos del incumplimiento del contrato, el derecho a obtener una indemnización por los daños y perjuicios en su artículo 116, estableciendo que *«en caso de incumplimiento, cualquiera que sea su gravedad, el acreedor tiene el derecho de obtener del deudor indemnización de los perjuicios sufridos, tal y como lo prevén los artículos 162 y siguientes»*²⁹⁴.

²⁹⁴ Cito por la traducción española realizada por DE LOS MOZOS, J.L., y LUNA SERRANO, A., «Academia de iusprivatistas europeos de Pavía “Código Europeo de Contratos”», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, número 4, 2001 pp. 713 a 804.

El reconocimiento de la indemnización del daño no patrimonial deriva de sus artículos 164 y 166²⁹⁵. El punto de partida se halla en el párrafo primero del artículo 166²⁹⁶, que consagra el principio de reparación integral del daño, en virtud del cual, y en consonancia con los textos uniformes anteriormente analizados, la parte perjudicada tiene derecho a ser situada en una posición lo más parecida posible a la que disfrutaría si el contrato hubiera sido ejecutado correctamente²⁹⁷. Una vez establecido el principio general de la reparación del daño, es el artículo 164 el que reconoce específicamente cuál es el daño no patrimonial reparable, si bien emplea la expresión daño moral²⁹⁸. Dicho artículo, partiendo de la distinción entre el daño moral directo y el reflejo o indirecto, dispone que «1. *El daño moral es reparable: a) en caso de grave perturbación psíquica de los sentimientos de afección, provocado por lesiones físicas o por atentados al patrimonio moral, también lo es a una persona jurídica, o en memoria de un cónyuge difunto; b) en caso de dolores físicos como condición de sufrimiento corporal, aún si no va acompañado de alteraciones patológicas, orgánicas o funcionales; c) en los atentados contra la salud y en los demás casos indicados por las disposiciones aplicables. 2. El daño moral reflejo no es*

²⁹⁵ Sobre la reparación del daño moral en el CEC, *vid.*, entre otros, RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, pp. 956 a 960 y VICENTE DOMINGO, E., «El resarcimiento de daños», en AA. VV., *Código Europeo de Contratos*, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), Tomo II Comentarios en Homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, (dirigido por Carlos Vattier, José M^a. de la Cuesta y José M^a Caballero), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 612 y 613.

²⁹⁶ El párrafo primero del artículo 166 dispone que «*la reparación debe cumplir en general su función específica tratando de eliminar las consecuencias dañosas del incumplimiento, del incumplimiento inexacto, del retraso, o de otras situaciones, en relación con las que, según las reglas del presente Código, la reparación es debida; y debiendo producirse, en general, creando ese estado de hecho que existiría si las citadas situaciones no se hubieran producido*».

²⁹⁷ Sobre el principio de reparación integral del daño en el CEC, *vid.*, entre otros, VICENTE DOMINGO, E., «El resarcimiento de daños», *op. cit.*, pp. 615.

²⁹⁸ Expresión heredada del artículo 2059 del Código civil italiano, en consonancia con la empleada por los Códigos civiles decimonónicos, que ha sido tomado como modelo junto con el Contract Code, para la elaboración del CEC.

*reparable más que si ha sido sufrido por los más próximos parientes o el cónyuge del difunto»*²⁹⁹.

El daño moral adoptado por la CEC se configura partiendo de que serán indemnizables los perjuicios o lesiones que afecten a la integridad corporal de las personas físicas y al patrimonio moral de las personas jurídicas y físicas, ya sea, en relación a estas últimas, directo o reflejo³⁰⁰.

Respecto a la admisión del daño moral, afirma RODRÍGUEZ GUTIÁN que «se trata de una admisión muy restringida de la reparación del daño moral contractual (*Gandolfi* habla literalmente de «en términos limitados»), ya que, como se ha señalado con acierto, en realidad los tres supuestos enumerados en el primer párrafo del precepto pueden reconducirse al daño moral consecuencia, bien de un atentado a la integridad física, o bien de una intromisión ilegítima en el patrimonio moral de una persona física, viva o fallecida, o de una persona jurídica. Esta reparación del daño moral contractual es limitada en la medida en que maneja un concepto de daño moral estricto, consistente en perturbaciones de carácter psicofísico que resultan de lesiones a derechos de la personalidad»³⁰¹. Estimo que tal afirmación resulta excesivamente rigurosa ya que una interpretación conjunta de los artículos 164 y 166 no nos deben llevar a tales conclusiones. Y ello porque el daño moral, tal como se concibe, goza de una admisión amplia tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva. Resultan indemnizables las lesiones o atentados

²⁹⁹ Respecto del párrafo primero del artículo 164, afirma RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., que «es fácil observar la impronta del artículo 106 del innovador Libro 6º. (dedicado a la parte general del Derecho de Obligaciones) del Código civil de Holanda, que entra en vigor el 1 de enero de 1992. El párrafo 1º. De este artículo 106 prevé que la víctima tiene derecho a la reclamación de un daño distinto al patrimonial, equitativamente determinada, entre otros casos, si la víctima ha sufrido una lesión corporal, un atentado en su honor o en su reputación o cualquier otra lesión en su persona (letra b) o si el daño consiste en un atentado a la memoria de un difunto, caso en que pueden reclamar el cónyuge no separado y los parientes del difunto hasta el segundo grado (letra c)», «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, p. 958.

³⁰⁰ Coincidimos plenamente con VICENTE DOMINGO, E., quien afirma que «el contenido previsto para la reparación de los daños morales contractuales está excesivamente influido, y casi me atrevería a decir que pensado sobre la plantilla de los daños morales extracontractuales, y, más concertantemente, sobre los daños morales consecuencia de un daño corporal», «El resarcimiento de daños», *op. cit.*, pp. 613.

³⁰¹ RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, p. 959.

padecidos tanto en la esfera física como en la psíquica, tales como señala VICENTE DOMINGO «el honor, el dolor, la integridad corporal, la tristeza, la muerte de un ser querido, el nacimiento de un hijo no deseado, y un largo catálogo de supuestos que van integrando poco a poco el contenido de un genérico daño moral»³⁰². Además, respecto a su extensión subjetiva, tales daños pueden ser sufridos tanto por las personas jurídicas, en cuyo caso queda restringido exclusivamente a los daños o perturbaciones en su patrimonio moral, como por ejemplo, la pérdida de reputación o del buen nombre comercial; como de las personas físicas, ya sea de forma directa o indirectamente³⁰³.

Si bien, no aceptamos que el CEC adopte una admisión muy restringida del daño moral, sí podría argumentarse en favor de una atenuación o limitación de la reparación integral de las perturbaciones psíquicas en los sentimientos de afección, que el apartado a) del párrafo primero del artículo 164 exija que tal perturbación sea «grave». Tal gravedad es la que requiere una graduación para determinar cuándo será objeto de tutela y cuándo no. Pensemos por ejemplo en la persona que contrata la realización de un crucero, y que en el momento de embarcar tarda en acceder al barco dos horas. ¿Podría tratarse de una grave perturbación psíquica? Cuestión diferente sería que el camarote del barco tuviera goteras, lo que provoca una depresión en el viajero, o que, como consecuencia del defectuoso estado del suelo del barco, el viajero sufra un accidente que le obligue a usar muletas durante todo el viaje como consecuencia de una torcedura de tobillo.

³⁰² VICENTE DOMINGO, E., «El resarcimiento de daños...», *op. cit.*, pp. 612.

³⁰³ Coincidimos plenamente con RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., al afirmar que «no puede dejar de ponerse en evidencia su carácter ciertamente innovador en dos aspectos. Primero, reconoce la posibilidad de que una persona jurídica pueda reclamar la reparación de un daño moral derivado de un atentado a su patrimonio moral (los casos más comunes serán las lesiones de su prestigio de su honor);...Por otra parte, se admite la posibilidad de solicitar indemnización por los daños morales que poseen su origen en un atentado a la memoria del difunto», «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, p. 960.

e) El daño no patrimonial en el DCFR

El artículo III-3:702, bajo el título «*General measure of damages*», consagra en el DCFR el principio de reparación integral del daño³⁰⁴, en virtud del cual el acreedor que sufre el incumplimiento tiene derecho a una suma de dinero que le coloque, de la manera más próxima posible, en la situación en la que se hubiera encontrado si el contrato hubiera sido debidamente cumplido. De dicha regla general podría derivarse la admisión del carácter indemnizable del daño no patrimonial, pero, además, tal admisión se encuentra establecida específicamente en el artículo III-3:701, intitulado «*Right to damages*»³⁰⁵. Dicho artículo, tras otorgar al acreedor, en su párrafo primero, el derecho a una indemnización por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, dispone expresamente, en su párrafo tercero, que el término daño incluye tanto el patrimonial como el no patrimonial³⁰⁶, indicando que el daño no patrimonial comprende el dolor, el sufrimiento y el deterioro de la calidad de vida³⁰⁷.

³⁰⁴ El artículo III-3:702 del DCFR, en términos idénticos al 9.502 de los PECL, dispone que «*the general measure of damages for loss caused non-performance of an obligation is such sum as will put the creditor as nearly as possible into the position in which the creditor would have been if the obligation had been duly performed. Such damages cover loss which the creditor has suffered and gain of which the creditor has been deprived*».

³⁰⁵ «*III-3:701: Right to damages: (1) The creditor is entitled to damages for loss caused by the debtor's non-performance of an obligation, unless the non-performance is excused. (3) "Loss" includes economic and non-economic loss. "Economic loss" includes loss of income or profit, burdens incurred and a reduction in the value of property. "Non-economic loss" includes pain and suffering and impairment of the quality of life*».

³⁰⁶ Debe advertirse, una diferenciación meramente terminológica, ya que la considero carente de cualquier género de trascendencia práctica, respecto a las expresiones empleadas por los PECL y el DCFR para referirse a los daños no patrimoniales. El artículo 9:501 de los PECL emplean la expresión «*non-pecuniary loss*» -pérdida no pecuniaria-, mientras que el III-3:701 del DCFR la de «*non-economic loss*» -pérdida no económica-. En tal sentido ha afirmado VON BAR, C., que «*loss (and so also "damage") can take the form of either economic or non-economic loss. That could (but has so far not been) also be criticized at the level of terminology. The drafting teams have not attached much weight to the question whether instead of "non-economic" "non-pecuniary" loss should have been preferred*», «*The notion of damage*», en AA. VV., *Towards a European Civil Code*, editors Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Ewoud

Por tanto, los daños reparables en el DCFR no se limitan a las pérdidas patrimoniales y el comentario al artículo III-3:701, de forma más amplia que el propio tenor literal del artículo, identifica las pérdidas no patrimoniales con el dolor, el sufrimiento, los inconvenientes, la angustia y cualquier otro deterioro en la calidad de vida derivados del incumplimiento del contrato³⁰⁸.

Se aprecia que el DCFR, al igual que los PECL, acoge un concepto amplio del daño no patrimonial. Es más, mientras el tenor literal del artículo 9:501 de los PECL se limita a incluir como indemnizables los daños no patrimoniales, el artículo III-3:701 es más prolijo en su regulación, ya que no sólo declara indemnizables dichos daños, sino que además enumera, a modo de ejemplo, una serie de lesiones que quedan comprendidas bajo tal expresión.

Cuando se ha analizado la diferencia entre los daños patrimoniales y los no patrimoniales, se ha indicado que la calificación de unos u otros no depende de la naturaleza patrimonial o no del bien afectado, sino de la naturaleza patrimonial o no del interés lesionado con independencia de que el bien que satisface dicho interés sea patrimonial o no. Lo anterior también late en la concepción del daño no patrimonial adoptado por el DCFR, ya que dicho daño se configura desvinculado de las lesiones o vulneraciones de los bienes no patrimoniales. En otros términos, el daño no patrimonial puede derivar de ataques o lesiones que tengan por objeto tanto bienes patrimoniales como no

Hondius, Chantal Mak, Edgar du Perron, Kluwer Law International, fourth edition, The Netherlands, 2011, p. 396.

³⁰⁷ Sobre el daño no patrimonial en el DCFR, entre otros: SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «La moderna regulación de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual en el nuevo Derecho de la contratación: El triángulo de las Bermudas», en AA. VV., *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, (dir. Klaus Jochen Albiez Dohrmann, coords. M^a Luisa Palazón Garrido y M^a del Mar Méndez Serrano), Atelier, Barcelona, 2011, pp. 465 y 466.

³⁰⁸ «Recoverable loss is not confined to economic or pecuniary loss but may cover, for example, pain and suffering, inconvenience, mental distress and any other impairment of the quality of life resulting from the failure to perform», STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and...*, op. cit., p. 917

patrimoniales, porque, insistimos, lo relevante, a efectos de su calificación, es el interés que dicho bien satisface, no el bien que sirve a su satisfacción.

Se debe concluir que, si bien el DCFR admite la indemnización del daño no patrimonial, incluso de forma más amplia y detallada que en los PECL, al igual que en éstos, el problema también deberá centrarse en determinar el alcance de la indemnización del daño no patrimonial y a sus posibles límites.

f) El daño moral en el ámbito de la legislación de la Unión Europea

En el ámbito de la Unión Europea, el reconocimiento del daño moral no está exento de ambigüedades. De la misma forma que nos encontramos en el acervo comunitario iniciativas legislativas que reconocen el daño moral³⁰⁹, también encontramos que la reciente Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea de 11 de octubre de 2011, guarda silencio respecto a su indemnización.

En primer lugar citamos la Directiva del Consejo 1990/314/CEE, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados³¹⁰. Respecto a su artículo 5, señala SOLÉ FELIÚ que «en relación con los contratos de viajes combinados, es opinión unánime de la doctrina, confirmada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que el Artículo 5... admite la indemnización del daño moral que resulta del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso de los servicios que integran el contrato de viaje combinado, tanto si el daño moral es consecuencia de un

³⁰⁹ Sobre el reconocimiento del daño moral en el ámbito de la Unión Europea, *vid.*, SOLÉ FELIÚ, J., «El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español», *Indret*, 2009, pp. 5 y 6.

³¹⁰ DOCE número L 158 de 23 de junio de 1990, pp. 59 a 64. Vigente en España por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (BOE de 30 de noviembre), en adelante TRLCU.

daño corporal, como si se trata del mero “*daño moral derivado de la pérdida de disfrute de las vacaciones*”³¹¹; en este sentido se ha pronunciado la sentencia de 12 de marzo de 2002, *Simone Leitner v. TUI Deutdchland GmbH Co.*

En el ámbito del Derecho laboral y, en concreto, respecto del principio de no discriminación, existen Directivas que reconocen implícitamente la indemnización del daño moral: a) la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación³¹², dispone en su artículo 17 que «los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento. Dichas sanciones, que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias». b) la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo³¹³ establece que «los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación contraria al artículo 3, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido».

En relación con el principio de igualdad de trato, con un ámbito de aplicación no sólo restringido a la relaciones laborales, sino también a «la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria; f) las ventajas sociales; g) la educación; h) el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda», en virtud de su

³¹¹ SOLÉ FELIU, J., «El daño moral por...», *op. cit.*, p. 5.

³¹² DOCE número L 303 de 2 de diciembre de 2000, pp. 16 a 22.

³¹³ DOCE número L 269 de 5 de octubre de 2002, pp. 15 a 22.

artículo 2, la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo³¹⁴ dispone en su artículo 15, que los Estados de la Unión Europea adecuarán sus Ordenamientos nacionales para asegurar el resarcimiento de la lesión del principio de igualdad de trato, estableciendo sanciones «que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias».

En las tres últimas Directivas se observa cómo junto con la imposición de una sanción a los que vulneren los principios de no discriminación e igualdad de trato se establece que también será indemnizada la persona que los sufre y dicha reparación tendrá que ser «real y efectiva», lo que lleva a afirmar justificadamente a SOLÉ FELIU que ello «tan sólo es posible si la indemnización incluye los perjuicios morales causados a la víctima»³¹⁵. Además, resulta evidente que la discriminación es un campo abonado para producir perjuicios en la esfera personal de los seres humanos, independientemente de los posibles perjuicios patrimoniales que puedan producirse. Piénsese, por ejemplo, en la persona que por motivos raciales o de sexo no asciende en su trabajo; seguramente, además del perjuicio patrimonial por la pérdida del posible aumento de sus emolumentos, sufrirá una lesión en su esfera personal.

También debe citarse el Reglamento 261/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos³¹⁶, cuyo artículo 12, relativo a la compensación suplementaria dispone que «el presente reglamento se aplicará sin perjuicio de los derechos del

³¹⁴ DOCE número L 180 de 19 de julio de 2000, pp. 22 a 26.

³¹⁵ SOLÉ FELIU, J., «El daño moral por...», *op. cit.*, p. 6.

³¹⁶ DOCE número L 46 de 17 de febrero de 2004, pp. 1 a 7.

pasajero a obtener una compensación suplementaria». Dicho artículo ha sido interpretado por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de octubre de 2011, como consecuencia de una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil Número Uno de Pontevedra, mediante Auto de 1 de febrero de 2010, por la demanda planteada por siete ciudadanos españoles contra Air France, S.A. en la que se solicitaba una indemnización por los perjuicios sufridos a causa de grandes retrasos con ocasión de un vuelo de París a Vigo. Dicha sentencia resuelve en el sentido de que «cabe recordar, en su sentencia de 6 de mayo de 2010, Walz (C-63/09, Rec. P. I-0000, apartado 29), el Tribunal de Justicia declaró que debía considerarse que el término «daño» (en francés «préjudice» y «dommage»), mencionado en el capítulo III del Convenio de Montreal, comprende los daños tanto de carácter material como moral. De ello se sigue que el perjuicio que puede ser objeto de compensación, en virtud del artículo 12 del Reglamento nº 261/2004, puede ser un perjuicio de naturaleza no sólo material, sino también moral... el concepto de «compensación suplementaria» debe interpretarse en el sentido de que permite al juez nacional conceder, en las condiciones previstas por el Convenio de Montreal o por el Derecho nacional, indemnización de daños y perjuicios, incluidos los daños morales, por incumplimiento del contrato de transporte aéreo».

Por último, debemos analizar la posición respecto al daño moral de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL). Dedicada a la regulación de la indemnización de daños y perjuicios los artículos 159 a 165. En concreto el artículo 159, titulado «*Derecho a la indemnización por daños y perjuicios*», dispone que «*el acreedor tendrá derecho a percibir una indemnización por las pérdidas derivadas del incumplimiento*»; por su parte el artículo 160, denominado «*Criterios generales para el cálculo de la indemnización por daños y perjuicios*», establece que «*el cálculo de la indemnización por pérdidas ocasionadas por el incumplimiento de una obligación se hará de forma que el acreedor quede en la posición en la que se habría encontrado si se hubiera cumplido debidamente la obligación, o de no ser posible, en una posición lo más parecida posible. La indemnización cubrirá las pérdidas que el acreedor*

haya sufrido y las ganancias que haya dejado de obtener».

Como se observa, el artículo 159 consagra en la CESL el derecho del acreedor a exigir una indemnización cuando el incumplimiento genera pérdidas. Por su parte, el artículo 160 establece, en consonancia con la CISG, los PICC, los PECL y el DCFR, el principio de reparación integral del daño. Sin embargo, a diferencia de los PECL y el DCFR, no incluye expresamente en su articulado, como partida indemnizable, los daños no patrimoniales. Si a ello añadimos, como ya se ha explicado, que existen Directivas y sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que reconocen la indemnización del daño moral, no cabe más que hacernos la siguiente pregunta: ¿se indemnizan los daños morales en el CESL?

Decíamos al principio de este apartado que en el ámbito de la Unión Europea el reconocimiento del daño moral no está exento de ambigüedades, y ello lo justificamos en que, siendo plenamente conocedores el Parlamento Europeo y el Consejo de los textos unificadores anteriores y, de sus propias Directivas y de la corriente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ¿no parecería un paso atrás la no inclusión expresa del daño moral en el articulado del CESL? Siendo indulgentes con el texto del CESL, aunque sólo sea por la ligereza con la que creemos que se ha redactado, considero que no se encuentra en su ánimo excluir la indemnización del daño moral, aunque, insisto, lo adecuado hubiera sido incluirlo expresamente, como ha hecho con los daños futuros, y así evitar cualquier tipo de suspicacia.

Encontramos el apoyo a la inclusión del daño moral en el principio de la reparación integral del daño. En su virtud, el perjudicado tendrá derecho al resarcimiento no sólo de los perjuicios de carácter patrimonial, ya en forma de daño emergente o de lucro cesante, sino también a aquellos perjuicios de índole no patrimonial, es decir, todas las consecuencias que lesionen la esfera personal del perjudicado y que tengan su causa en un incumplimiento injustificado del contrato.

Otra opción, que creo que no puede ser sostenida, por cuanto la cuestión del daño moral se encuentra en pleno estado de ebullición, tanto en los sistemas nacionales como en el ámbito europeo e internacional, es que la preterición, en el supuesto de que sea intencionada, responda a que, para el Parlamento Europeo y el Consejo, se trate de un problema ya superado de forma afirmativa, por lo que consideran que no resulta necesaria su expresa inclusión.

4.5. El daño moral en el Derecho español

4.5.1. Introducción

Con origen en el vacío legal existente sobre el daño moral, mucha ha sido la doctrina³¹⁷, y muchas las resoluciones judiciales³¹⁸, que han ido

³¹⁷ La producción doctrinal relativa al daño moral es amplísima, pudiendo citarse entre otras: ÁLVAREZ VIGARAY, R., «La responsabilidad por daño moral», *Anuario de Derecho Civil*, 1966, pp. 81 a 116; BARRIENTOS ZAMORANO, M., *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007; CRISTÓBAL MONTES, A., «El daño moral contractual», *Revista de Derecho Privado*, 1990, pp. 3 a 12; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *El escándalo del daño moral*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008; GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil por daño moral*, Bosch, Barcelona, 1990; GARCÍA SERRANO, F. DE A., «El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil», *Anuario de Derecho Civil*, 1972, pp. 799 a 851; GARCÍA VARELA, R., «El incumplimiento contractual y el daño moral», *Diario La Ley*, de 14 de marzo de 2006, pp. 1 a 4; GAYOSO ARIAS, R., «La reparación del llamado daño moral en el derecho natural y en el derecho positivo», *Revista de Derecho Privado*, 1918, pp. 324 a 331; GÓMEZ POMAR, F., «El daño moral», *InDret 1/1999*, (w.w.w.indret.com); IGARTUA ARREGUI, F., «Comentario a la Sentencia de 9 de mayo de 1984», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 5/136, pp. 1631 a 1644; MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., «Comentario a la STS de 31 de octubre de 2002», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 61, 2003, pp. 245 a 269 y «El daño moral», en AA.VV., *Derecho Privado Europeo*, (coordinado por Sergio Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2003, pp. 857 a 881; NIETO ALONSO, A., «Daños morales derivados del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una obligación contractual (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)», *Anuario de Derecho Civil*, 2006, pp. 1115 a 1197; PÉREZ ONTIVEROS BAQUERO, C., *Daño moral por incumplimiento del contrato*, Thonsom Aranzadi, Navarra, 2006; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., «La reparación del daño...», *op. cit.*, pp. 937 a 967; SOLÉ FELIU, J., «El daño moral por...», *op. cit.*, pp.1 a 42.

³¹⁸ Los pronunciamientos jurisprudenciales en materia de daño moral son abundantísimos. Sin ánimo de ser exhaustivos podemos citar, entre otras, las SSTs: de 9 de mayo de 1984, ponente D. Carlos de la Vega Benayas (RJ 1984, 2403); de 22 de mayo de 1995, ponente D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 1995, 4089); de 14 de diciembre de 1996, ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1996, 8970); de 11 de noviembre de

produciéndose para cubrir tal carencia³¹⁹. Un vasto elenco de decisiones de nuestro Tribunal Supremo³²⁰, y abundantes discusiones doctrinales, se han

1997, ponente D. Francisco Morales Morales (RJ 1997, 7871); de 22 de noviembre de 1997, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1997, 8097); de 28 de enero de 1998, ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 1998, 357); de 20 de junio de 1998, ponente Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa (RJ 1998, 4904); de 5 de octubre de 1998, ponente D. Román García Varela (RJ 1998, 8367); de 4 de marzo de 2000, ponente D. Jesús Ernesto Peces Morate (RJ 2000, 2459); de 31 de mayo de 2000, ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2000, 5089); de 22 de febrero de 2001, ponente D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 2001, 2242); de 10 de junio 2002, ponente D. Antonio Romero Lorenzo (RJ 2002, 4982); de 9 de diciembre de 2003, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 2003, 8643); de 28 de enero de 2005, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 2005, 1830); de 1 de febrero de 2005, ponente D. José Almagro Nosete (RJ 2005, 1749); de 28 de marzo de 2005, ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2005, 2614); de 28 de abril de 2005, ponente D. Román García Varela (2005, 3646); de 21 de marzo de 2006, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 2006, 1591); de 15 de noviembre de 2007, ponente D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2008, 17).

³¹⁹ Como ya había afirmado en el año 1990 GARCÍA LÓPEZ, R., «aunque la cuestión del llamado daño moral contractual sigue siendo en la actualidad muy controvertida, conviene poner de relieve la existencia de una tendencia doctrinal y de una reciente jurisprudencia -a la que me referiré más adelante- favorables a la admisión de aquél como daño jurídicamente resarcible. Ya a finales del siglo pasado, un autor francés, CHAUSSE, adujo que no existía motivo alguno para realizar una diferenciación especial -en lo que a los resultados se refiere- entre la culpa contractual y la culpa delictual. Un hecho ilícito no cambia de naturaleza porque viole las estipulaciones de un contrato u origine la lesión de un derecho no convencional. Reconociendo las diferencias existentes entre ambos tipos de responsabilidad respecto a las condiciones que son necesarias para ser aceptados, sin embargo, desde el momento en que surgen, las consecuencias -salvadas las diferencias de tratamiento entre la culpa y el dolo-, deben ser las mismas. Por consiguiente -viene a concluir el mencionado autor-, si el delito extracontractual obliga a resarcir el daño moral, no se percibe por qué no ha de ocurrir lo mismo con el delito contractual. El argumento base se centra en la ausencia de una razón objetiva y válida que excluya la toma en consideración del daño moral procedente de la infracción de una obligación contractual, una vez que se ha admitido la susceptibilidad de su indemnización en el campo extracontractual», *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 280.

³²⁰ Al respecto, expone GARCÍA SERRANO, F. DE A., que «la admisibilidad por parte de nuestro Tribunal Supremo de la posibilidad de indemnizar pecuniariamente los daños morales es hoy una realidad incuestionable. Se ha superado con ello una visión excesivamente patrimonializada del Derecho civil, pensándose que la tutela íntegra de la persona puede y debe acogerse a la esfera civil y privada, y no limitarla a una protección penal y pública que marginaría múltiples supuestos que se revelan como dignos de protección. Conviene destacar en este punto que el “injusto” penal no agota la parcela del “injusto” jurídico. El Derecho penal acoge ciertamente los supuestos más graves del daño, pero es claro que los mismos sólo constituyen una parte de la noción, más amplia, del daño jurídico. Si a esta consideración se une aquella visión materialista del Derecho civil, en otro tiempo dominante, se explica perfectamente que entre ambos ordenamientos haya mediado un vacío, una solución de continuidad. Es la zona constituida por aquel conjunto de supuestos que, no siendo tan graves como para justificar su castigo por el ordenamiento Penal, y no pudiendo traducirse a términos monetarios para acogerse a la órbita del Derecho civil, quedaba por ella sin sanción. Es claro que si el ordenamiento jurídico debe tender a la total protección de la persona debe eliminar esas “zonas grises” que impiden la realización de aquella finalidad, lo que puede hacerse perfectamente extendiendo la órbita del Derecho civil mediante la “fuerza expansiva” que le caracteriza», «El daño moral...», *op. cit.*, pp. 813 y 814.

venido vertiendo sobre el propio concepto, retratado de forma gráfica por Díez-PICAZO como «a la búsqueda del concepto de daño moral»³²¹, o como «la borrosa figura del comúnmente denominado daño moral»³²². En la misma línea, BARRIENTOS ZAMORANO afirma que «el concepto y contenido del daño moral es marcadamente impreciso, resbaladizo, escurridizo, inasible, dogmáticamente híbrido e impuesto por la práctica y las nuevas valoraciones que la propia evolución social va dictando sobre la indemnización de los perjuicios en el tráfico jurídico de cada país»³²³. El mismo Tribunal Supremo ha reconocido que el daño moral constituye una noción dificultosa, en la sentencia de 22 de mayo de 1995³²⁴, relativa e imprecisa, en las sentencias de 14 diciembre 1996³²⁵ y de 5 octubre 1998³²⁶, e incluso lo ha denominado como vaporoso y discutible daño, en la sentencia de 22 de febrero de 2002³²⁷. Y si el propio concepto origina problemas³²⁸, no menos ocurre con su incardinación en el sector de responsabilidad que le deba corresponder, así como, consecuentemente, con los demás factores inherentes a su figura.

Son varios los puntos que en este epígrafe hemos de estudiar; a saber, la definición del daño moral, su encaje legal, y su incardinación como daño

³²¹ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *El escándalo...*, *op. cit.*, p. 73.

³²² Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de...*, *op. cit.*, p. 324.

³²³ BARRIENTOS ZAMORANO, M., *El resarcimiento por daño...*, *op. cit.*, p. 35.

³²⁴ STS de 22 de mayo de 1995, ponente D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 1995, 4089).

³²⁵ STS de 14 de diciembre de 1996, ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1996, 8970).

³²⁶ STS de 5 de octubre de 1998, ponente D. Román García Varela (RJ 1998, 8367).

³²⁷ STS de 22 de febrero de 2001, ponente D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 2001, 2242).

³²⁸ Como ya advirtió FISCHER, H.A., «los daños no patrimoniales, entre los cuales se cuentan los perjuicios más heterogéneos que pueden inferirse a una persona, y que sólo presentan de común la característica negativa que indica su calificación: la de no ser patrimoniales», *Los Daños Civiles...*, *op. cit.*, p. 222.

contractual o extracontractual en el supuesto del incumplimiento contractual. Abordaremos, también, el análisis sobre su probanza, la fijación de su *quantum*, la naturaleza y función de la reparación, para, seguidamente, detenernos en las sedes en que nuestro derecho positivo lo acoge. Por último, reseñaremos las resoluciones judiciales entendidas como más apropiadas para la mejor ilustración de este trabajo.

4.5.2. La admisión de la indemnización del daño moral: su evolución

Si bien en la actualidad la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina admiten la indemnización de los daños morales contractuales, debe advertirse que esto no fue siempre así³²⁹, sino fruto de una larga evolución jurisprudencial producida a partir de su inicial reconocimiento en la esfera extracontractual por la famosa sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1912³³⁰, que

³²⁹ En relación a las originarias objeciones a la indemnización del daño moral DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., expone que «la admisibilidad del llamado daño moral, aunque esta «conquista», por llamarla así, no estuvo exenta de dificultades y perplejidades. Los mismos autores antes citados -BAUDRY-LACANTINERIE y TARDE- exponen las grandes objeciones que se erigieron contra la reparación pecuniaria del perjuicio moral. Eran las siguientes: 1.º Sólo puede ser función de la indemnización restablecer, en el patrimonio del que sufre el daño, el valor en que este patrimonio había resultado injustamente disminuido. Cuando se habla de daño moral, no se persigue tal resultado, ya que el patrimonio no ha sufrido ninguna disminución. 2.º Es escandaloso que se puedan discutir judicialmente el honor, los afectos más sagrados o los dolores más respetables y sólo cuando esta discusión es admitida, es posible la reparación del daño moral. 3.º Es imposible que la apreciación de este daño no sea absolutamente arbitraria. Sin embargo, las tres objeciones tenían respuesta: los términos del artículo 1.382, que menciona un daño cualquiera, son tan amplios que permiten tanto el daño material como el moral; la reparación pecuniaria imperfecta del perjuicio moral debe preferirse a la falta de toda reparación; en toda decisión judicial hay siempre algo de arbitrario, pero la dificultad de la apreciación no debe influir en la prosperidad de una demanda justa», *Derecho de daños...*, *op. cit.*, p. 95. *Vid.* también ÁLVAREZ VIGARAY, R., «La responsabilidad...», *op. cit.*, 1966, pp. 95 a 102; IGARTUA ARREGUI, F., «Comentario a la Sentencia de 9...», *op. cit.*, pp. 1636 a 1638.

³³⁰ STS de 6 de diciembre de 1912, ponente D. Rafael Bermejo (RJ 1912, 95) que sostiene que «la honra, el honor y la fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima, y su menoscabo la pérdida de mayor consideración que puede padecer en una sociedad civilizada incapacitándola para ostentar en él la de carácter de depositaria y custodia de los sagrados fines del hogar doméstico, base y piedra angular de la sociedad pública, debiendo, por tanto, ser apreciados estos daños como uno de los más graves, que obliga a tenerlos en cuenta al legislador al legislar y a los Tribunales encargados por la ley de aplicar y de realizar la justicia con el propósito de remediarlos para procurar que se fije una norma

tuvo lugar como consecuencia de la publicación por el periódico “El Liberal” el día 21 de septiembre de 1910 de una noticia, que a la postre resultó ser falsa, e hizo célebre su título «*Fraile, raptor y suicida*»³³¹. Como afirmó DE CASTRO, el reconocimiento del daño moral fue un «descubrimiento jurisprudencial»³³². Sin embargo, en relación con el daño moral contractual, la evolución jurisprudencial

reguladora, establecido una responsabilidad civil, armonizada con los principios jurídicos que informan nuestro Derecho común, si no se quiere fomentar en la sociedad una negligencia suicida, cuál sería el abandono de un elemento social de primer orden como la mujer al capricho de la pública maledicencia. Tomados en cuenta estos fundamentos sociales de toda legislación y de toda organización de justicia, no cabe desconocer que el hecho controvertido en autos constituye una total y absoluta expoliación de la dignidad personal, familiar y social de la joven ofendida, violentamente despojada de todos sus títulos de pudor y honestidad que la hacían acreedora a la estimación pública por presentarla de modo evidente y escandaloso culpable de fuga del hogar paterno y de amancebamiento sacrílego consumado, con todas sus consecuencias naturales, inhabilitándola por efecto de la pública exposición del hecho calumnioso en periódicos de gran circulación, como “El Liberal”, que hacen la rectificación imposible, tanto por la imborrable impresión que causa en el ánimo de sus lectores cuanto porque la reproducción de todo insuelto injurioso hecho en la prensa no altera, según reiterada jurisprudencia, la responsabilidad del que la produce, puesto que lo que castiga la ley es la propagación de la injuria; y por todo esto es por lo que el Tribunal sentenciador, al someter el daño moral causado a una compensación pecuniaria, no confunde, como se supone, las atribuciones del Poder Judicial con las del Poder Legislativo, pues para ello sería preciso se declarase en disposición abstracta o de carácter general algún derecho nuevo, cosa que aquí no ocurre, porque el juzgador, valiéndose de las reglas de equidad que son máximas elementales de justicia universal, se limita, como intérprete de la ley, a explicar mejor principios jurídicos más o menos clara y distintamente expuestos, pero ya “preexistentes”, que definen el daño en sus diversas manifestaciones para justificar, toda vez que es indiferente pedirla por acción civil o penal, una indemnización pecuniaria, que, si nunca es bastante como resarcimiento absoluto de ofensas graves, al fin es la que se aproxima más a la estimación de los daños morales directamente causados a la joven Mussó y que llevan consigo, como consecutarios naturales y lógicos, otros daños, esto es, los materiales y los sociales, conforme al criterio tan sabiamente manifestado en la ley 21, título 9.º, de la Partida 7.ª, cuando al disponer que “cualquier que reciba tuerto o desonrra, que pueda demandar en una destas dos maneras, quel más quisiere. La primera que paga el que lo desonrra, enmienda de pecho de dineros. La otra es en manera de acusación pidiendo que el que le fizo el tuerto que sea escarmentado por ello. E la una destas maneras se tuelle por la otra; porque de un yerro no debe ome recibir dos penas por ende. E desque ouiere escojido la una, no la puede dexar é pedir la otra”, ley cuya aplicación ha sido tradicional en España». Afirma DE CASTRO Y BRAVO, F., que fue el texto de la Partida VII, título XV, ley I, que define el daño como el «*empeoramiento, ó menoscabo ó destruimiento que home recibe en sí mismo ó en sus cosas por culpa dotri*» el que sirvió de fundamento para el novedoso giro jurisprudencial de la anterior sentencia y que supone la «base de toda la doctrina posterior y de la admisión del daño moral en las leyes», «Los llamados derechos de la personalidad», *Anuario de Derecho Civil*, 1959, p. 1268.

³³¹ Entre otros muchos autores, comenta dicha sentencia DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L, *Derecho de daños...*, *op. cit.*, pp. 96 a 98 y GARCÍA SERRANO, F. DE A., «El daño moral...», *op. cit.*, pp. 819 a 822, tomándola como iniciadora de la segunda fase de evolución del daño moral en la jurisprudencia.

³³² DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de derecho civil*, Marisal, Madrid, 1972, p. 9.

fue más lenta, ya que hubo de esperarse a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1984³³³, donde por primera vez se reconoció de forma expresa su reparación.

También se observa, por lo que respecta a la admisión del daño moral contractual, una evolución en nuestra doctrina³³⁴. Así, en una primera etapa, la doctrina clásica de la primera mitad del siglo XX se mostró contraria al resarcimiento de los daños morales en el ámbito contractual. GAYOSO, en relación tanto a la responsabilidad extracontractual como a la contractual, afirmó que no existe en nuestro Código civil ningún precepto que ampare la indemnización de los daños morales³³⁵. VALVERDE, si bien admite la indemnización del daño moral en la responsabilidad extracontractual, rechaza que el mismo pueda ser resarcido por el incumplimiento de un contrato³³⁶. Por su parte, ROCES³³⁷, si bien no se muestra partidario de la indemnización de los daños morales, afirma que «no quiere decir esto que las lesiones antijurídicas no patrimoniales, cuando acarreen verdaderos quebrantos, hayan de quedar sin sanción, pues tanto valdría dejar sin amparo los más altos y legítimos intereses de la persona. Sostenemos únicamente que estas transgresiones son incompatibles, por las razones de técnica jurídica que quedan expuestas, con

³³³ STS de 9 de mayo de 1984, ponente D. Carlos de la Vega Benayas (RJ 1984, 2403).

³³⁴ *Vid.* en CRISTÓBAL MONTES, A, la evolución de nuestra doctrina sobre la admisión del daño moral contractual «El daño...», *op. cit.*, pp. 6 a 8.

³³⁵ Sostiene GAYOSO ARIAS, R., que «en nuestro derecho legislado no se halla explícitamente resuelta la cuestión. El Código civil limítase a prescribir la indemnización del daño causado, ya incidente en otra obligación, ya principal (que entraña el quebrantamiento de la general de no lesionar al prójimo). En los artículos 1.101 y 1.902 habla en términos generales de daño y de indemnización. Mas esta generalidad nada resulta para la teoría afirmativa de la reparación pecuniaria de los morales, como quiere Alcubilla, porque precisa para tal obligación que el abono metálico sea indemnización, que es lo prescrito, y según lo demostrado en la parte teórica de este trabajo, no lo es para las damnificaciones de esa clase», «La reparación del...», *op. cit.*, p. 330.

³³⁶ VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, tomo III, 4ª ed., Valladolid, 1937, pp. 783 a 786.

³³⁷ ROCES, W., «Breves acotaciones...», *op. cit.*, pp. 293 a 294.

la institución del *resarcimiento de daños*»³³⁸. Por último, DÍAZ PAIRÓ, acogiendo el sentir de la doctrina mayoritaria de la época, afirma que el incumplimiento del contrato exclusivamente puede producir daños patrimoniales³³⁹.

También, en la doctrina italiana clásica, se ha posicionado en contra de la indemnización del daño moral contractual RAVAZZONI³⁴⁰, señalando las diferencias que existen entre el daño no patrimonial extracontractual y el daño no patrimonial contractual, en los siguientes términos: «ma subito, a dire il vero, sembra possibile scoprire una prima, e non irrilevante, differenziazione fra il danno non patrimoniale derivante da illecito extracontrattuale e questa forma di danno non patrimoniale derivante da inadempimento. Mentre il primo consiste nel turbamento di una situazione di pace e di tranquillità, o anche nel fare venire meno i mezzi per ottenerla, in una offesa, comunque, che senza il comportamento illecito non si sarebbe avuta, il secondo, al contrario, consiste necessariamente e soltanto nella mancata attuazione di un comportamento che l'inadempiente doveva tenere e che la controparte riteneva idoneo a soddisfare un suo bisogno di natura non patrimoniale: bisogno però, già esistente nel soggetto; insomma, in un caso, saremmo di fronte a qualcosa che provoca un male, nell'altro caso, alla mancata attuazione di un rimedio, che un soggetto si era obbligato a tenere per alleviare o fare scomparire un altrui male (o bisogno) già esistente»³⁴¹. De forma más contundente se manifestó SCOGNAMIGLIO³⁴²,

³³⁸ ROCES, W., «Breves acotaciones...», *op. cit.*, p. 298.

³³⁹ Así DÍAZ PAIRÓ, A., sostiene que «el daño debe ser patrimonial pues en materia de responsabilidad contractual es casi unánime la opinión que rechaza la resarcibilidad del daño moral, del sufrimiento causado al acreedor por el deudor no cumpliendo la obligación», *Teoría general de las obligaciones*, volumen I, 2ª ed. revisada, La Habana, 1945, p. 161.

³⁴⁰ RAVAZZONI, A., *La riparazione del danno non patrimoniale*, Giuffrè Editore, Milano, 1962, p. 227.

³⁴¹ Dicho razonamiento lo critica con acierto ÁLVAREZ VIGARAY, R., indicando que «aunque esto sea cierto en la mayor parte de las ocasiones, a veces el daño moral contractual consiste en una acción que provoca un mal, que altera una situación de bienestar, como ocurre en las lesiones causadas en accidente de transporte, o en la ruptura injustificada de un contrato con un profesional de forma que perjudique a su reputación, o con las modificaciones o supresiones realizadas en la edición de una obra y que causen un perjuicio moral a su autor», «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 88.

que, concibiendo el daño no patrimonial como el sufrimiento que infringe una lesión de los derechos de la personalidad, no admite que el mismo pueda derivar de un incumplimiento del contrato³⁴³.

Una segunda etapa en la evolución de la doctrina hacia la aceptación del daño moral contractual, se observa en la segunda mitad del siglo XX, que llega cada vez con más adeptos hasta los tiempos actuales, si bien con algunos autores que la aceptan de forma restringida, e, incluso, otros que continúan negando dicha posibilidad. Sin lugar a dudas, el gran impulso al reconocimiento del daño moral contractual deriva de la consolidación de su aceptación en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Observa la doctrina que, una vez admitido el resarcimiento del daño moral en la esfera de la responsabilidad extracontractual, no existe una razón válida y objetiva para su exclusión cuando deriva del incumplimiento de un contrato³⁴⁴.

³⁴² SCOGNAMIGLIO, R., «Il danno morale», *Rivista di Diritto civile*, 1957, I, pp. 315 y 316.

³⁴³ En relación a las afirmaciones del autor italiano, objeta ÁLVAREZ VIGARAY, R., que «aunque se admita un concepto tan reducido del daño moral, no es imposible que se produzcan daños morales contractuales, como ocurre, por ejemplo, con los dolores y sufrimientos experimentados a consecuencia de un accidente ocurrido durante el curso del transporte», «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 90.

³⁴⁴ Afirma CASTÁN TOBEÑAS, J., que «admitido el daño moral como susceptible de indemnización en el campo extracontractual, no se ve razón por la que haya de ser excluido del campo de las obligaciones contractuales», *Derecho Civil español...*, *op. cit.*, p. 245. En similares términos GARCÍA LÓPEZ, R., «el argumento base se centra en la ausencia de una razón objetiva y válida que excluya la toma en consideración del daño moral procedente de la infracción de una obligación contractual, una vez se ha admitido la susceptibilidad de su indemnización en el campo extracontractual», *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 281. El mismo razonamiento realiza SANTOS BRIZ, J., *Derecho de...*, *op. cit.*, pp. 123 y 124. Con mayor detenimiento IGARTUA ARREGUI, F., afirma que «el reconocimiento de la posibilidad de indemnización del daño moral contractual supone el último escalón en la evolución de la aceptación de la reparación del daño moral dentro de un sistema jurídico. La lógica de esta evolución es muy clara: teniendo en cuenta que en términos generales se entiende por daño moral aquél que se deriva de un ataque a los derechos de la personalidad, o mejor dicho, de la privación de aquellos bienes que son primordiales para el hombre (vida, honor, libertad, etc.), resultaba que, desde siempre, los ataques a esos bienes estaban tipificados como delitos y la sede de los Códigos penales fue la natural para que por primera vez se contemplara la indemnización del daño moral. Sin embargo, hay otras conductas que dañan a los bienes mencionados y que no están tipificadas como delito por no reunir la gravedad necesaria para ello a los ojos de la sociedad. Para conseguir la protección frente a los ataques se reconoció la posibilidad de reparación del daño moral derivado de relaciones extracontractuales. Ahora bien; cuando se redactaron los Códigos civiles no se pensó en que pudieran existir contratos que dañaran los bienes primordiales del hombre y no se previó la posibilidad de reparación del daño moral que de ellos se derivara. Por tanto, se reputaba como imposible la existencia de un

Entre los autores que inicialmente se posicionaron a favor de la indemnización de los daños morales en el campo de la responsabilidad contractual, CASTÁN llega a las siguientes conclusiones «1.^a, que es de justicia la reparación o compensación de los daños morales, ya pueda encuadrarse dentro de las normas legales de la indemnización de daños y perjuicios, o ya se acoja, en cuanto ésta no sea aplicable, a principios generales del Derecho; 2.^a, que, de todos modos, parece indudable que la reparación de los daños morales que no se traducen en quebranto material inmediato ha de ser sometida a un régimen jurídico distinto al de aquel que gobierna los daños propiamente patrimoniales: los requisitos que afectan al nexo causal y a la prueba de los daños morales que han de ser tratados con menos severidad que cuando se trata de daños materiales, y ha de ser concedido a los Tribunales un amplio arbitrio para su apreciación»³⁴⁵. Por su parte, LACRUZ expone que «el Cc. regula sólo la indemnización del daño patrimonial, pero sin duda es también resarcible el moral, al menos por aplicación del art. 1902 (piénsese en la

daño moral contractual. Este es el segundo argumento que se ha esgrimido en contra de su reparación. No se concebía que el honor, la imagen, etc., pudieran ser objeto de un contrato. Hoy es evidente que estos contratos existen y no se ve por qué si tampoco se previó en los Códigos la posibilidad de reparación del daño moral «extracontractual» y esto no fue obstáculo para su admisión, lo sea en el caso del daño moral derivado de contrato. Por tanto, si no se ve objeción a que una persona obtenga reparación si es difamada por un desconocido, ¿por qué ha de negarse la reparación si el difamador estaba obligado a respetar al difamado en virtud de una relación obligatoria previa?», «Comentario a la Sentencia de 9...», *op. cit.*, p. 1636. En la doctrina italiana DE CUPIS, A., después de realizar un análisis del artículo 2059 del *Codice civile*, que limita el resarcimiento del daño no patrimonial exclusivamente a los supuestos establecidos por la ley, por lo que en definitiva queda circunscrita su indemnización a los supuestos en los que se ha producido un ilícito penal, afirma que «nosotros entendemos que su ámbito no puede restringirse a la esfera extracontractual. De esta forma, el legislador había resuelto el problema del resarcimiento del daño no patrimonial sólo limitadamente en la esfera extracontractual; tan sólo se habría preocupado de establecer que el ámbito de ésta, el daño no patrimonial puede ser resarcido por vía de excepción, quedando prejuzgado el abandono del problema en lo que atañe a la esfera contractual. Ciertamente, a una madura reflexión resulta inconcebible que el legislador, en el instante en que adoptaba una determinada solución a un problema tan grave e inveterado, como el concerniente al daño no patrimonial, pretendiere circunscribir la misma solución a la esfera extracontractual. Es más lógico sostener que haya querido adoptar una solución general, que tienda a eliminar todas las anteriores incertidumbres y discusiones. Que la resarcibilidad del daño contractual no patrimonial esté muy limitada, choca, por cierto, con aquella corriente de pensamiento que, ya bajo el imperio del derecho común consideraba extraño que el ordenamiento jurídico se preocupase tan sólo por la tutela de los intereses patrimoniales, casi como si sólo primase la bolsa de los ciudadanos», *El Daño. Teoría...*, *op. cit.*, p. 179.

³⁴⁵ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español...*, *op. cit.*, p. 246.

obligación de entregar unos retratos de familia, sin valor pecuniario)»³⁴⁶. COSSIO sostiene que «una cosa son los daños morales que tienen una trascendencia patrimonial y otra los daños morales propiamente dichos, y en pura lógica jurídica, unos y otros son susceptibles de indemnización, y los primeros -los morales- con independencia de los patrimoniales que directa e indirectamente pudieran haber producido»³⁴⁷.

Si bien, en los anteriores autores se encuentra el germen de nuestra doctrina a favor de la extensión de la indemnización de los daños morales del campo extracontractual al contractual, fue ÁLVAREZ VIGARAY quien con mayor contundencia y rigor ha sostenido la indemnización del daño moral contractual. Alega dicho autor, frente al pensamiento de que al tener la obligación contractual por objeto una prestación patrimonial, que de su incumplimiento sólo pueden derivar daños patrimoniales al quedar extramuros de la relación jurídica obligatoria los bienes e intereses no patrimoniales³⁴⁸, que «si bien es cierto que la prestación ha de ser evaluable económicamente, esto no quita que pueda responder a un interés del acreedor de naturaleza no económica»³⁴⁹ y ello lo justifica en que «son numerosas las convenciones que afectan directa o indirectamente a los sentimientos, tranquilidad, consideración, salud y honor de las partes, por lo que el incumplimiento de la obligación causa un daño moral al acreedor»³⁵⁰.

³⁴⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil*, II-1, Librería Bosch, Barcelona, 1977, pp. 124 y 125.

³⁴⁷ COSSIO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho civil*, I, Madrid, 1975, p. 315.

³⁴⁸ ROVELLI, L.A. «La risarcibilità dei danni non patrimoniale», *Rivista di Diritto privato*, II, 1933, p. 266 y CHIRONI, G.P. «Danno morale», *Rivista di Diritto Commerciale*, II, 1913, p. 811.

³⁴⁹ ÁLVAREZ VIGARAY, R., «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 88.

³⁵⁰ ÁLVAREZ VIGARAY, R., «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 88, como muestra de los anterior establece los supuestos «del mandatario al cual se le haya dado encargo por los parientes del difunto de renovar el arrendamiento del nicho en el que esté enterrado, y, por negligencia en el cumplimiento de este encargo, deje pasar el plazo para la renovación, con lo cual, al ser sacado del nicho, se encuentren los familiares en la imposibilidad de saber donde están enterrados sus restos; o bien en el supuesto del médico que causa lesiones o cicatrices al paciente, las cuales se podrían fácilmente haber evitado empleando los remedios

Coincidimos con las anteriores afirmaciones de ÁLVAREZ VIGARAY, y debe concluirse siguiendo a dicho autor que «siendo, evidente que pueden producirse daños morales contractuales, no hay ninguna razón para admitir el resarcimiento tratándose de daños morales extracontractuales, y negarlo, en cambio, por lo que se refiere a los daños contractuales. Los argumentos que justifican el resarcimiento del daño moral son igualmente aplicables en uno y otro caso, y tal vez sea incluso más justo que tenga lugar la indemnización del daño moral contractual, por haber tenido el damnificado el cuidado de efectuar una convención para asegurarse la satisfacción de un interés suyo extrapatrimonial, realizando, en cambio, en la mayoría de los casos, una contraprestación de carácter pecuniario»³⁵¹.

adecuados, o bien en el caso, que ha sido a veces referido por la prensa, del cirujano que por descuido, al hacer una operación, deja abandonado dentro del cuerpo del paciente algún objeto del instrumental, haciéndose necesaria una nueva operación para su extracción; y también en la hipótesis del transportista que, por conducir sin prudencia, causa en accidente al viajero lesiones, e incluso la muerte».

³⁵¹ ÁLVAREZ VIGARAY, R., «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 89. En la misma línea NIETO ALONSO, A., estima «que puede resultar más adecuado reparar el daño moral derivado de un incumplimiento contractual que reconocerlo en el campo de la responsabilidad extracontractual, para evitar así, como ha dicho la jurisprudencia, la impunidad de tantas y tantas conductas que la actual sociedad tecnificada y burocratizadas produce, al abrigo de la masificación de los servicios y contratos colectivos y de adhesión, estatales o paraestatales», «Daños morales derivados...», *op. cit.*, p. 1126. En similares términos se pronunció la STS de 9 de mayo de 1984, ponente D. Carlos de la Vega Benayas (RJ 1984, 2403), afirmando que «la finalidad social que el Derecho debe conseguir para evitar la injusticia y cumplir el principio del «alterum non laedere» y con ello la impunidad de tantas y tantas conductas que la actual sociedad tecnificada y burocratizada produce, al abrigo de la masificación de los servicios y contratos colectivos y de adhesión, estatales o paraestatales; y sin olvidar tampoco que en punto a esta clase de perjuicios y daños inmateriales, su producción, su existencia y su realidad, es decir, su prueba, es, paradójicamente, más fácilmente apreciable o perceptible en los casos de incumplimiento contractual, pues ya el hecho de esa conducta en una de las partes en el contrato produce, en curso normal de la convivencia y de las expectativas creadas por la relación negocial intersubjetiva, una frustración, una ruptura de la confianza que es la base de la buena fe (arts. 7.º, 1.º y 1258 del C. Civ.) y aunque una concepción economista y material de la convivencia abonó o amparó en un tiempo una respuesta negativa para resarcir esa frustración, cierto es que hoy aparece superada (como se superó el rechazo de la indemnización de los daños morales a partir de la sentencia de 6 diciembre 1912), o en vías de superación, esa tesis restrictiva merced o gracias a la beneficiosa o compensadora entrada o «irrupción de la ética» (exposición de motivos del Título preliminar del C. Civ., de 1974) en el campo de las relaciones jurídicas, influjo que ha de ser mantenido e incluso reforzado a la vista de los principios supralegales consagrados en nuestra Constitución de 1978 (RCL 1978\2836): art. 1.º, con su referencia al valor «justicia», y décimo, que consagra y obliga al «respecto del derecho de los demás»».

En Italia, ya en el año 1933, DALMARTELLO había afirmado, frente a la doctrina dominante de la época, que si bien la infracción de una obligación legal generaba el deber de indemnizar los daños morales, lo mismo debía predicarse de los daños morales acaecidos como consecuencia de una infracción contractual³⁵². Por nuestra parte, podemos preguntarnos: ¿resultan acaso más dignos de tutela los intereses no patrimoniales de la persona que caminando por la calle resulta atropellada que la del viajero que tiene que soportar diez horas de retraso en la salida de un avión? No parece razonable que en los ilícitos civiles se indemnice el daño moral, y, en cambio, se pretenda que el deudor, cuyo incumplimiento provoca daños morales, goce de una patente de corso.

No faltan voces que, frente a lo que hoy es la corriente mayoritaria de la tesis extensiva del daño moral del ámbito extracontractual al contractual, se muestren contrarios a dicha admisión. Debe matizarse que no es que consideren que el acreedor que padece el incumplimiento del contrato no sufre daños morales, sino que tales daños deben ser resarcidos dentro de la esfera de la responsabilidad aquiliana. Como uno de los mayores exponentes de esta tesis negativa, se encuentra el profesor ESPIAU ESPIAU³⁵³. Si bien afirma que la cuestión del daño moral contractual todavía carece de una solución exenta de polémicas, considera que es «posible que un incumplimiento contractual pueda llegar a causar una “perturbación o aflicción” al contratante frustrado, susceptible de ser calificada de “daño moral”; lo que me parece más discutible es que la “indemnización de los daños y perjuicios causados” por el incumplimiento o la contravención de la obligación -señaladamente, de la obligación contractual- a que alude el artículo 1101 del CC cubra dicho “daño

³⁵² DALMARTELLO, «Danni morali contrattuali», *Rivista di Diritto Civile*, 1933, pp. 53 a 65.

³⁵³ ESPIAU ESPIAU, S., «La indemnización del daño moral en los supuestos de incumplimiento contractual», *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, 1ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 1789 a 1798 y «Comentario a la sentencia de 31 de mayo de 2000», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 54, número 1481, pp. 1277 a 1287.

moral”»³⁵⁴. No sólo pone en entredicho la incardinación del daño moral en el tenor literal del artículo 1101, sino que profundiza negando el encaje del daño moral en los artículos 1106 y 1107. Ello lo razona en atención al hecho de que, al preceptuar el párrafo segundo del artículo 1107 en relación a los daños que han de resarcirse, «*todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación*», ese «*todo*» debe ser comprendido en referencia a las expresiones «*daño emergente*» y «*lucro cesante*» y ambas partidas resarcitorias son esencialmente de naturaleza patrimonial, por lo que no tendría cabida el daño no patrimonial³⁵⁵. Venimos afirmando que ESPIAU ESPIAU niega la inclusión del daño moral en la indemnización de daños contractuales, y una vez que excluye su encaje en los artículos 1101, 1106 y 1107 del Código civil, concluye afirmando que «si se entiende que una situación de incumplimiento obligacional es susceptible de producir, además de la lesión del derecho de crédito, una lesión de intereses del acreedor no valorables económicamente, esto significa que, de un mismo acto dañoso, deriva o puede derivar una doble responsabilidad: la responsabilidad contractual derivada de la lesión del crédito y la responsabilidad extracontractual derivada de la lesión de intereses no patrimoniales, cuya existencia y extensión deberán determinarse de acuerdo con las reglas propias de este tipo de responsabilidad, y no con las disposiciones correspondientes a la responsabilidad contractual»³⁵⁶.

No obstante parecer clara la posición de ESPIAU ESPIAU, aunque no compartida por nosotros, tal vez exista una contradicción que permita deducir que implícitamente está aceptando la indemnización del daño moral contractual si bien de forma limitada. Así es, en los supuestos de contratos relativos a los bienes de la personalidad, cuando afirma que «la calificación del daño moral

³⁵⁴ ESPIAU ESPIAU, S., «La indemnización del...», *op. cit.*, p. 1789.

³⁵⁵ Justifica su postura afirmando que «no es una cuestión de apego excesivo al tenor literal de un precepto o de interpretación restrictiva: es que el resarcimiento de un *daño no patrimonial* dentro de la responsabilidad contractual exigiría un replanteamiento del mismo concepto de obligación regulado en el Código Civil», ESPIAU ESPIAU, S., «La indemnización del...», *op. cit.*, p. 1795.

³⁵⁶ ESPIAU ESPIAU, S., «La indemnización del...», *op. cit.*, p. 1798.

contractual y su indemnización como elemento integrante de la *responsabilidad contractual* parecen adecuadas, toda vez que -como subraya el Prof. Díez PICAZO- la misma prestación contractual comprometida por el contratante incumplidor afecta “a derechos subjetivos de la personalidad del acreedor”³⁵⁷.

Al final de su estudio, ESPIAU ESPIAU realiza unas afirmaciones que no compartimos. Basándose en cierta jurisprudencia que admite que pueden concurrir la acción de responsabilidad contractual y extracontractual³⁵⁸, incluso ante un mismo evento que produce daños, sostiene que «a tenor de esta doctrina jurisprudencial, hay responsabilidad contractual si, existiendo entre las partes un contrato, los daños son consecuencia de un incumplimiento o de un cumplimiento defectuoso de lo que constituye materia del contrato en sentido estricto, mientras que la responsabilidad extracontractual se produce cuando, con independencia de las posibles relaciones que existan entre las partes, los daños son consecuencia de la infracción de deberes generales de conducta o de la regla general *alterum non laedere*. Reconduciendo a este ámbito el daño moral o no patrimonial derivado del incumplimiento de la obligación, sus vicisitudes se regirán, pues, por las normas de la responsabilidad extracontractual; en cambio, las consecuencias patrimoniales del incumplimiento se regirán por las de la responsabilidad contractual»³⁵⁹.

Estas afirmaciones parecen, cuando menos, discutibles, e incluso contradictorias. Si sostiene que habrá responsabilidad contractual cuando el incumplimiento del contrato o su defectuosa ejecución afecte a lo que constituye la materia del contrato en sentido estricto, además de tener que concretarse lo que constituye dicha materia en cada contrato, parte de la base de que la misma sólo puede tener naturaleza patrimonial, ya que

³⁵⁷ ESPIAU ESPIAU, S., «La indemnización del...», *op. cit.*, p. 1793.

³⁵⁸ *Vid.* sobre el principio de la unidad de la culpa civil, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L, *Derecho de daños...*, *op. cit.*, p. 263 y 264.

³⁵⁹ ESPIAU ESPIAU, S., «La indemnización del...», *op. cit.*, p. 1798.

posteriormente sostiene que sólo las consecuencias patrimoniales serán objeto de resarcimiento por responsabilidad contractual, siendo las no patrimoniales reconducidas al campo de la extracontractual. ¿Sería posible que la materia del contrato en sentido estricto tuviera naturaleza no patrimonial? O mejor dicho, ¿podría darse el supuesto de que la materia del contrato en sentido estricto tuviera naturaleza patrimonial y no patrimonial? Pensemos en el supuesto de la persona que compra un billete de AVE para viajar de Sevilla a Madrid en pleno mes de agosto. Al llegar a la estación de Santa Justa, en vez de embarcar en el tren, le suben en un autobús y, tras seis horas de caluroso viaje, le dejan en la estación de Puerta de Atocha. Si lo que constituye la materia del contrato en sentido estricto era el viaje, queda claro que lo ha realizado; ha sido transportado de una ciudad a otra. Pero ello partiría de una consideración parcial de la materia del contrato. Si una persona compra un billete de AVE para viajar a Madrid, es para llegar en dos horas y media, para ir sentado en un confortable asiento, disfrutar del aire acondicionado, tener la posibilidad de pasar al aseo o a la cafetería, por no hablar del goce de visionar una película o ir trabajando con su ordenador portátil. Si ante todas las molestias, retraso e incomodidades que ha sufrido al realizar el viaje en autobús, el viajero interpone una reclamación por defectuoso incumplimiento del contrato, resultaría razonable, según lo sostenido por ESPIAU ESPIAU, que sólo pudiera obtener una indemnización por los daños patrimoniales, esto es, por la diferencia de precio que pudiera existir entre un viaje en AVE y otro en autobús, teniendo que acudir al artículo 1902 para la indemnización de los daños no patrimoniales.

Como hemos dicho, la doctrina, desde la segunda mitad del siglo XX, se ha venido pronunciando de forma mayoritaria a favor de la indemnización del daño moral contractual, concibiéndolo de forma cada vez más amplia. Sin embargo, debe destacarse, como excepción, la opinión de Díez-PICAZO, que si bien no niega el daño moral, se pronuncia a favor de una concepción estricta o restringida del mismo³⁶⁰. Parte de la existencia de dos corrientes doctrinales

³⁶⁰ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L, *Derecho de daños...*, op. cit., pp. 95 a 102, 239, 240 y 324 a 329 y *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, op. cit., pp. 792 y 793.

acerca de la concepción del daño moral, una estricta y otra extensa. De la primera, afirma que parte «de la vieja idea de *pretium doloris* y que se ha definido como dolor, sufrimiento, padecimiento psíquico o físico injustamente ocasionado»³⁶¹; de la segunda, sostiene que deriva de «una extensión del área de los daños resarcibles, considerando que las lesiones a bienes de la personalidad (p. ej., integridad física, honor y buen nombre, libertad, etc.) producen por sí solas un daño con independencia de que hayan producido repercusiones desfavorables o de que hayan determinado perturbaciones de ánimo»³⁶². Se decanta Díez-Picazo por una concepción restringida del daño moral sosteniendo que «debe reducirse al sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona, sin proceder al respecto a concepciones extensivas, en las que la indemnización carece de justificación. Aun concebido en los estrictos términos que se acaban de esbozar, no todo sufrimiento psicofísico engendra un daño moral indemnizable, sino, como señaló R. SCOGNAMIGLIO, aquél que es consecuencia de lesiones de derechos de la personalidad. No hay, por consiguiente, daño moral en sentido estricto cuando la lesión incida sobre bienes económicos por más que como consecuencia de éstos el titular de tales derechos haya experimentado especiales disgustos»³⁶³. Por tanto, hace depender el resarcimiento del daño moral exclusivamente en atención a las consecuencias perjudiciales, tanto en la esfera psíquica como física de las personas, que traigan causa en la violación de los derechos de la personalidad.

Basándose en los mismos razonamientos, pero ahora en referencia al daño moral contractual, sostiene Díez-Picazo³⁶⁴ «que no hay, en línea de principio daño indemnizable por las perturbaciones psicofísicas que una persona pueda experimentar como consecuencia de incumplimientos

Debe estacarse su acerada crítica a diversos pronunciamientos jurisprudenciales a lo largo de toda la obra *El escándalo...*, *op. cit.*

³⁶¹ Díez-Picazo y Ponce de León, L, *Derecho de daños...*, *op. cit.*, p. 326.

³⁶² Díez-Picazo y Ponce de León, L, *Derecho de daños...*, *op. cit.*, p. 326.

³⁶³ *ult. op. cit.*, pp. 328 y 329.

³⁶⁴ *ult. op. cit.*, p. 329.

contractuales salvo en aquellos casos en que la prestación contractual comprometida por el incumplidor afectara a derechos subjetivos de la personalidad del acreedor»³⁶⁵. Creemos que, en el fondo de la cuestión, late el temor a que, al socaire del más mínimo incumplimiento o cumplimiento defectuoso, el acreedor halle la excusa perfecta para demandar unos pretendidos daños morales, que en realidad no son más que unas meras molestias, disgustos o intranquilidad que no tienen nada de especial y que no constituyen más que quebraderos de cabeza que resultan consustanciales a la vida diaria. Lo que ocurre, es que tal vez, resulte complicado trazar una línea divisoria nítida que permita dilucidar cuándo estamos en presencia de un mero inconveniente: el avión que se retrasa media hora, o la compañía aérea que, como consecuencia de una falta de organización o cualquier circunstancia dentro de su esfera de control, retrasa la salida del avión ocho horas, en cuyo caso sí se puede ocasionar a los pasajeros unos perjuicios morales de consideración, como zozobra, angustia, etc., ante la incertidumbre de saber su suerte.

Considero que una adecuada interpretación de las afirmaciones de Díez-PICAZO exige poner en conexión, por un lado, su restringida concepción del daño moral, y por otro, los supuestos en que existiendo el incumplimiento de un contrato procede su indemnización, por lo que parece deducirse que, para que el daño moral contractual sea indemnizable, se exigen dos requisitos: primero, que las perturbaciones o sufrimientos físicos o psíquicos deriven de la lesión de derechos de la personalidad; y segundo, que la prestación del contrato incumplido afecte a los derechos de la personalidad. Por lo que, si el incumplimiento del contrato provoca perturbaciones o sufrimientos físicos o psíquicos que deriven de la lesión de derechos de la personalidad, pero la prestación contractual comprometida no afecta a los derechos subjetivos de la personalidad del acreedor, no podrían indemnizarse los daños morales en sede de responsabilidad contractual, por lo que tendríamos que acudir a la responsabilidad extracontractual.

³⁶⁵ En relación a los argumentos de Díez-PICAZO, afirma NIETO ALONSO, A., sin mayor justificación, «que con esa salvedad tan amplia, a la postre admite el Profesor la indemnizabilidad del daño moral contractual», «Daños morales derivados...», *op. cit.*, p. 1125.

Cabría plantearse, por último, en relación a la postura del profesor que venimos comentando, a qué se refiere cuando emplea la expresión «prestación contractual comprometida». Retomemos el supuesto de la persona que ha comprado un billete de AVE para viajar a Madrid y, al final, el transporte lo realiza en un autobús. ¿Será sólo la acción de transportarlo a su destino la prestación contractual comprometida? No debe olvidarse el papel integrador de la prestación contractual del artículo 1258 del Código civil, cuyo tenor literal dispone que *«los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley»*. Obsérvese que, al abordar esta cuestión, ESPIAU ESPIAU empleaba los términos «lo que constituye materia del contrato en sentido estricto»³⁶⁶, que es más restringida que la de «prestación contractual comprometida» empleada por Díez-PICAZO. Podría deducirse que ESPIAU ESPIAU no está tomando en consideración el valor integrador del artículo 1258, puesto que podría identificarse lo que es materia del contrato en sentido estricto con lo expresamente pactado, dejando fuera *«todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley»*. Por el contrario, interpreto que Díez-PICAZO sí está teniendo en consideración al artículo 1258, y ello se justificaría en que con la expresión «prestación contractual comprometida» se estaría abarcando no sólo *«lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley»*. Por todo lo anterior, concluimos que, aun siendo restrictiva la opinión del profesor Díez-PICAZO, y continuando con el ejemplo del transporte en AVE, sí tendría el viajero derecho a reclamar los daños morales contractuales que le hayan originado las molestias, retraso e incomodidades que le han producido el defectuoso cumplimiento del contrato.

Por último, debemos referirnos al importante y autorizado sector de la doctrina que en la actualidad se ha posicionado a favor de la inclusión de los

³⁶⁶ ESPIAU ESPIAU, S., «La indemnización del...», *op. cit.*, p. 1798.

daños morales en la esfera contractual. Así, CARRASCO PERERA, sosteniendo que del artículo 1106 del Código no puede deducirse que contenga una definición del daño resarcible, e incluso que su finalidad no es excluir partidas del daño indemnizable, sino de incluir el lucro cesante como una partida más del daño, sin que con él y con el daño emergente se agoten la existencia de otras partidas indemnizables. Afirma que «incluso parece que ni tan siquiera el artículo 1.106 es una norma de delimitación de las partidas y modos del resarcimiento... La norma ha querido dejar en claro que, frente a cualquier duda planteada en la tradición precodificada, el lucro cesante «también» se indemniza. Pero no creo haya pretendido decir que, junto al daño emergente, la liquidación monetaria del lucro cesante sea el límite del resarcimiento del daño contractual. En concreto, no creo que este precepto excluya la indemnización del daño no patrimonial»³⁶⁷. En la misma dirección, MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU, quienes, partiendo de un concepto amplio de daño moral³⁶⁸, afirman que «es posible indemnizar el daño moral que deriva de la lesión de un interés patrimonial tanto en vía extracontractual, si resulta de un ilícito civil, como en la contractual, si deriva del incumplimiento de un contrato, sin que en este último caso sea imprescindible recurrir a la vía extracontractual»³⁶⁹. Por su parte, PARRA LUCÁN³⁷⁰, con relación al daño no patrimonial contractual, se posiciona a favor de que se incluyan «cualesquiera daños (efectivamente producidos, porque constituyen el presupuesto de la responsabilidad) que no contengan consecuencias patrimoniales, sin excluir posibles daños de afección, sentimientos de frustración, o angustia, o que afectan a la tranquilidad de ánimo, producidos por el incumplimiento, aunque no afecten a alguno de los

³⁶⁷ CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 669. Sobre el daño no patrimonial *vid.* las páginas 699 a 703 y *Derecho de...*, *op. cit.*, pp. 1230 a 1240.

³⁶⁸ MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., «Comentario a la STS de 31...», *op. cit.*, p. 252.

³⁶⁹ MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., «Comentario a la STS de 31...», *op. cit.*, p. 250.

³⁷⁰ PARRA LUCÁN, M^a.A., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1994», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 35/935, p. 586.

considerados como bienes o derechos de la personalidad y aunque resulten de perjuicios inmediatos a bienes patrimoniales»³⁷¹.

4.5.3. Las concepciones negativas del daño moral en la jurisprudencia y en la doctrina

Para la definición del daño moral³⁷², a veces, nuestra jurisprudencia ha acudido a su estudio en sus integraciones negativa y positiva; así la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2001³⁷³, entendiendo por la primera «toda detracción que sufre el perjudicado damnificado y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad que, por naturaleza, no cabe incluir en los daños materiales, porque éstos son aprehensibles por su propia caracterización y, por lo tanto, traducibles en su “quantum económico”, sin que sea preciso ejemplarizar el concepto; tampoco pueden entenderse dentro de la categoría de los daños corporales, porque éstos por su propio carácter, son

³⁷¹ En la actualidad también se han posicionado a favor de la indemnización de los daños morales contractuales, entre otros: BARRIENTOS ZAMORANO, M., sostiene que «es meridianamente claro en la actualidad que es posible indemnizar el daño moral que emana de la lesión a un interés patrimonial tanto en la vía extracontractual, si resulta de un ilícito civil, como en la contractual, si deriva del incumplimiento de un contrato», *El resarcimiento por...*, *op. cit.*, p. 336; NIETO ALONSO, A., tras definir qué entiende por daños morales, afirma en relación a si deben ser indemnizados en sede contractual que «la respuesta es positiva porque tan agresivo puede ser para una persona un ataque a su patrimonio, por ejemplo, como el que afecte a aspectos de su persona, ajenos a ese ámbito patrimonial; pero, en cierto modo, relacionados por la conexión frecuente entre los distintos tipos de daños: uno moral puede incidir negativamente en la vida activa, de trabajo y rendimiento de una persona y viceversa», «Daños morales derivados...», *op. cit.*, p. 1126; por su parte PÉREZ ONTIVEROS BAQUERO, C., afirma que «nada obsta a la admisión de la responsabilidad por daño moral en el incumplimiento de las obligaciones contractuales», *Daño moral por...*, *op. cit.*, pp. 50 51.

³⁷² Coincidimos con CARRASCO PERERA, A., al afirmar que «la indemnizabilidad del daño moral derivado de incumplimiento contractual, que no es puesta en duda hoy por nuestra jurisprudencia, ha estado mediatizada, empero, por la ambivalencia del término «daño moral» en nuestro lenguaje jurídico. La utilización común de la expresión de «daño moral», en lugar de la de «daño no patrimonial», ha oscurecido los perfiles de la cuestión», *Derecho de...*, *op. cit.*, p. 1230.

³⁷³ STS de 22 de febrero de 2001, ponente D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 2010, 2242).

perfectamente sensibles, y también, por una técnica de acoplamiento sociocultural, traducibles en lo económico».

No son pocas las concepciones doctrinales que aportan formulaciones negativas del daño no patrimonial o moral. En la doctrina española pueden citarse: de una parte, una serie de autores que se limitan, sin mayores justificaciones, a englobar bajo la categoría de los daños no patrimoniales todos aquellos que se dan fuera del patrimonio del sujeto lesionado, ya sea la víctima de un ilícito civil, o el acreedor que sufre el incumplimiento del contrato. Así, ROCES lo define como «aquel que no afecta para nada al patrimonio»³⁷⁴; ROCA TRÍAS sostiene que son «aquéllos que afectan a la persona en cualquiera de sus esferas que no sea la patrimonial»³⁷⁵; por su parte, GÓMEZ ORBANEJA afirma que «el concepto de daño moral sólo puede establecerse negativamente, por oposición al daño patrimonial»³⁷⁶. También existe un amplio sector de la doctrina que si bien llega a la misma conclusión que los anteriores, justifican su postura. SANTOS BRIZ ha abordado la cuestión sosteniendo que los daños morales son «aquellos cuya valoración en dinero no tiene la base equivalencial que caracteriza a los patrimoniales, por afectar precisamente a elementos o intereses de difícil valoración pecuniaria»³⁷⁷. GARCÍA SERRANO manifiesta que, para captar la esencia del daño moral, el camino es el de proceder a unas aproximaciones sucesivas, centrando el daño jurídico, en una primera etapa, dentro de una categoría más amplia de daño en sentido vulgar; en una segunda etapa, enfrentarse con la naturaleza del bien atacado para calificar el daño como patrimonial o extrapatrimonial; y por último, dentro del daño extrapatrimonial, distinguir, cuando de persona física se trata, dos esferas: el daño físico a la persona y el daño moral. Con tales delimitaciones

³⁷⁴ ROCES, W., «Breves acotaciones...», *op. cit.*, p. 295.

³⁷⁵ ROCA TRÍAS, E., *Derecho de Daños, Textos y materiales*, 5ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 187.

³⁷⁶ GÓMEZ ORBANEJA, E., «La acción civil de delito», *Revista de Derecho Privado*, 1949, p. 200.

³⁷⁷ SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 162.

define el daño moral como «el daño antijurídico, extrapatrimonial y no físico»³⁷⁸. Concibe el daño no patrimonial *lato sensu*, esto es, como aglutinador del daño moral *stricto sensu* y el daño físico o corporal, como un daño extrajurídico y extrapatrimonial. Por su parte, MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU³⁷⁹, que realizan un interesante análisis del daño moral en el Derecho comparado, justifican su concepción negativa, afirmando que «la amplitud de la tipología de daños que puede tener cabida dentro de la genérica categoría de daño moral dificulta una definición precisa y válida para todos los ordenamientos de nuestro entorno. Tal vez por esta razón, una primera aproximación conduce a dar una definición negativa de daño moral. Daño moral es, así, el perjuicio que experimenta una persona y que no afecta a su patrimonio, ni a sus ingresos, ni puede cuantificarse económicamente con referencia a un valor de mercado. Sin embargo, los supuestos que caen dentro de esa categoría son muy variados, de forma que el daño moral cubre situaciones tan distintas como el daño a la integridad física, el perjuicio psíquico (dejando al margen las consecuencias económicas de tales daños), así como, en ciertos casos, la aflicción, la ansiedad, el temor, la angustia, la pérdida de confort, etc.»³⁸⁰. Por último, recientemente, se ha ocupado de la cuestión BARRIENTOS ZAMORANO, quien sin ser ajeno a las críticas que se han vertido sobre las concepciones negativas del daño, tras afirmar que «el daño moral no puede sino definirse en términos negativos: es todo daño que no es patrimonial»³⁸¹, sostiene que el daño moral es preferible definirlo como «la contravención de derechos extrapatrimoniales de una persona»³⁸², y los hace extensivos a los derechos de la personalidad, con apoyos constitucionales: derecho a la vida e integridad física, las libertades, y la integridad moral, destacando las características de tales derechos: su inherencia a la propia persona, ser personalísimos, tener eficacia

³⁷⁸ GARCÍA SERRANO, F. DE A., «El daño moral...», *op. cit.*, p. 807.

³⁷⁹ MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., «El daño...», *op. cit.*, pp. 857 a 881.

³⁸⁰ MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., «El daño...», *op. cit.*, p. 858

³⁸¹ BARRIENTOS ZAMORANO, M., *El resarcimiento por...*, *op. cit.*, p. 31.

³⁸² BARRIENTOS ZAMORANO, M., *El resarcimiento por...*, *op. cit.*, p. 42

erga omnes, y carecer de valoración económica concreta (extrapatrimonialidad).

En esta línea, también abundan en el Derecho comparado los autores que sostienen una concepción del daño no patrimonial por contraposición al daño patrimonial. En la doctrina italiana, BIANCA define los daños no patrimoniales como «la lesione di interessi non economici, ossia la lesione di interessi che alla stregua della coscienza sociale sono insuscettibili di valutazione economica»³⁸³. Por su parte, DE CUPIS afirma que «el daño no patrimonial no puede ser definido más que en contraposición al daño patrimonial. Daño no patrimonial, en contraposición al daño patrimonial. Daño no patrimonial, en consonancia con el valor negativo de su misma expresión literal, es todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial, por tener por objeto un *interés no patrimonial*, o sea, que guarda relación a un *bien no patrimonial*»³⁸⁴. RAVAZZONI sostiene que «si potrebbe dire, su di un piano rigorosamente normativo, seguendo in questo, una felice intuizione del Polacco, che è danno non patrimoniale quello che stà fuori della previsione dell'art. 1223: cioè, quel danno che non consiste in una perdita (di carattere economico) o in un mancato guadagno. Nozione che ci sembra, senz'altro, esatta. Tuttavia, essa può risultare in qualche maniera inadeguata o, per lo meno, bisognosa di chiarimenti a proposito della nozione di perdita patrimoniale: la quale, pur avendo un significato abbastanza chiaro, anche da un punto di vista empirico, non, esclude la possibilità di incertezze»³⁸⁵. En la doctrina francesa, los hermanos MAZEAUD predicán del daño moral, que es «aquel que no se traduce en una pérdida de dinero, porque atenta contra un derecho *extrapatrimonial*»³⁸⁶. Por su parte, STARCK dice: «los daños morales son los que no entrañan por sí mismos una pérdida económica, una

³⁸³ BIANCA, C.M., *Diritto Civile*, vol. V (*La responsabilità*), Giufrè Editore, Milano, *Ristampa* de 1997, p. 166.

³⁸⁴ DE CUPIS, A., *El Daño. Teoría...*, *op. cit.*, pp. 122.

³⁸⁵ RAVAZZONI, A., *La riparazione del...*, *op. cit.*, p. 86.

³⁸⁶ MAZEAUD, H. L. y J., *Lecciones de Derecho...*, *op. cit.*, p. 68

disminución del patrimonio»³⁸⁷, y con mayor argumentación RIPERT y BOULANGER³⁸⁸ sostienen que «no se puede dar al daño moral más que una definición negativa: es aquel que no comporta ningún atentado a los elementos del patrimonio. Esto es suficiente para hacer aparecer la dificultad: los daños y perjuicios acordados no reemplazan en el patrimonio de la víctima la desaparición de un elemento; engrosan el patrimonio». En la doctrina alemana, FISCHER afirma que «los daños no patrimoniales, entre los cuales se cuentan los perjuicios más heterogéneos que pueden inferirse a una persona, y que sólo presentan de común la característica negativa que indica su calificación: la de no ser patrimoniales»³⁸⁹. Por último, en la doctrina portuguesa destaca PESSOA JORGE, postulando que «os prejuízos não patrimoniais ou morais são os que se verificam em relação a interesses insusceptíveis de avaliação pecuniária»³⁹⁰.

Como se afirmó más arriba, todas las concepciones anteriores, unas más escuetas y otras más prolijas, presentan como común denominador, contraponer los daños no patrimoniales a los patrimoniales, haciendo depender su naturaleza de que los perjuicios se produzcan dentro de su patrimonio, para los daños patrimoniales, y fuera de él, en el caso de los extrapatrimoniales.

La teoría negativa expuesta es criticada por Díez-PICAZO, con el que coincidimos plenamente, para quien tal concepción «no es otra cosa que un puro escapismo de problemas que tanto en lógica como en pura exégesis del ordenamiento jurídico resultan muy difíciles de resolver»³⁹¹. También critican las teorías negativas del daño moral, entre otros, NAVEIRA ZARRA, que sosteniendo la caracterización del «daño extrapatrimonial a través de la idea de

³⁸⁷ STARCK, B., *Droit civil. Obligations*, Paris, 1972, p. 56.

³⁸⁸ RIPERT, G., BOULANGER, F., *Traité de Droit civil*, tomo II, Paris, 1957, p. 377.

³⁸⁹ FISCHER, H. A., *Los Daños Civiles...*, *op. cit.*, p. 222.

³⁹⁰ PESSOA JORGE, F., *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 1995, p. 373.

³⁹¹ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *El escándalo...*, *op. cit.*, p. 74.

ausencia de valoración pecuniaria, nos encontramos con otras meramente negativas, que se limitan a contraponer este tipo de perjuicios a los patrimoniales, señalando que son daños no patrimoniales todos aquellos que se producen fuera del patrimonio del perjudicado. Sin embargo, estas últimas no nos aportan nada, por lo que deben ser rechazadas»³⁹²; y ÁLVAREZ VIGARAY, se hace eco de que «se han emitido críticas contra ese concepto negativo del daño moral, haciéndose notar que una definición negativa puede admitirse solamente cuando se trate de operar en la esfera de fenómenos homogéneos, en tanto que los daños patrimoniales y los daños morales constituyen fenómenos completamente diversos»³⁹³.

Por nuestra parte, sostenemos una concepción positiva del daño no patrimonial, que será expuesta posteriormente, si bien ya hemos apuntado la importancia del tipo de interés lesionado, en orden a la cualificación del daño.

4.5.4. Las concepciones positivas del daño moral en la jurisprudencia y en la doctrina

Retomando por nuestra parte la opinión jurisprudencial, ahora, cuando acude a su integración positiva, el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de febrero de 2001³⁹⁴ entiende por daños morales «categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona», en la que deben comprenderse toda gama de sufrimientos y dolores físicos y psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito (o hasta haber sido objeto de ataque a su prestigio o reputación artística); así como cualquier frustración, quebranto o ruptura de los sentimientos, lazos o afectos, soledad, orfandad, etc. En esta misma línea hay una prolija manifestación del Alto Tribunal, que, en su

³⁹² NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, p. 103

³⁹³ ÁLVAREZ VIGARAY, R., «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 81.

³⁹⁴ STS de 22 de febrero de 2001, ponente D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 2242, 2010).

sentencia de 14 de julio de 2006³⁹⁵, a modo de glosario de otras muchas, contempla las posibles situaciones básicas para que pueda darse un daño moral, citando el impacto o sufrimiento o padecimiento psíquico³⁹⁶, la impotencia, zozobra, ansiedad, angustia³⁹⁷, sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre³⁹⁸, impacto, quebrantamiento o sufrimientos psíquico³⁹⁹.

En la doctrina española se ha posicionado a favor de una concepción positiva del daño GARCÍA LÓPEZ, afirmando que «puede definirse el daño moral -atendiendo a la naturaleza de su objeto y a la consideración del daño como efecto o consecuencia perniciosa- como *el resultado perjudicial que tiene por objeto la lesión o menoscabo de alguno de los bienes o derechos correspondientes al ámbito estrictamente personal de la esfera jurídica del sujeto de derecho, que se resarcen por vía satisfactoria bajo el criterio equitativo del juez*»⁴⁰⁰. En parecidos términos, IGARTUA ARREGUI afirma que «en términos generales se entiende por daño moral aquél que se deriva de un ataque a los derechos de la personalidad, o mejor dicho, de la privación de aquellos bienes que son primordiales para el hombre (vida, honor, libertad, etc.)»⁴⁰¹. Por su parte, CRISTÓBAL MONTÉS, si bien en una primera aproximación al daño moral afirma que «bajo su aspecto negativo se suele resaltar que la nota que sirve para la caracterización de estos daños es la de su sustancia no

³⁹⁵ STS de 14 de julio de 2006, ponente D. Clemente Auger Liñán (RJ 4965, 2006).

³⁹⁶ SSTs: de 23 de julio de 1990, ponente D. Jaime Santos Briz, (RJ 1990, 6164); de 22 de mayo de 1995, ponente D. Luis Martínez-Valcárcel y Gómez, (RJ 1995, 4089); de 19 de octubre de 1996, ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1996, 7508); de 24 de septiembre de 1999, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1999, 7272).

³⁹⁷ STS de 6 de julio de 1990, ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1990, 5780).

³⁹⁸ STS de 22 de mayo de 1995, ponente D. Luis Martínez-Valcárcel y Gómez, (RJ 1995, 4089).

³⁹⁹ SSTs: de 2 de julio de 1999, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil, (RJ 1999, 4900); de 31 de mayo de 2000, ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2000, 5089).

⁴⁰⁰ GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil por...*, op. cit., p. 80.

⁴⁰¹ IGARTUA ARREGUI, F., «Comentario a la Sentencia de 9...», op. cit., p. 1636.

patrimonial»⁴⁰², posteriormente lo define como «aquel que afecta a un bien de la personalidad o de la vida (libertad, salud, honor, honestidad, paz, tranquilidad de espíritu, integridad física, bienestar corporal, privacidad, etc.), es decir, el que implica quebranto, privación o vulneración de esa categoría de bienes incorpóreos cuya tutela cobijamos bajo la categoría jurídica de los denominados derechos de la personalidad»⁴⁰³. El profesor Díez-PICAZO⁴⁰⁴, quien, como ya se expuso, se muestra especialmente crítico con las tesis negativas del daño moral, afirma que debe reducirse el daño moral, «al sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona», matizando que «no todo sufrimiento psicofísico engendra un daño moral indemnizable, sino,..., aquél que es consecuencia de lesiones de derechos de la personalidad». De forma bastante descriptiva se refiere al daño moral NIETO ALONSO, sosteniendo que la «agresión a los bienes de la persona tiene lugar por el incumplimiento de una relación obligatoria, cuando sobreviene la inejecución de la obligación y es imputable al deudor la causa que determinó la imposibilidad prestacional, es lícito preguntarse si el resarcimiento que incumbe a dicho deudor deberá comprender tanto los daños materiales cuanto los daños morales, hasta el punto de que el acreedor deba ser indemnizado también por los quebrantos y afecciones que haya sufrido en sus bienes ideales (honor, fama, buen nombre, salud, tranquilidad de espíritu, equilibrio emocional, etc.)»⁴⁰⁵.

Hasta ahora nos hemos centrado en exponer las posturas de varios autores que tienen como núcleo común ofrecer una concepción positiva del daño moral, si bien, unos ponen el acento para adjetivar el daño como no patrimonial, en la lesión de bienes o derechos del ámbito personal en sentido estricto; otros, en los bienes de la personalidad; también con mayor amplitud se

⁴⁰² CRISTÓBAL MONTES, A, «El daño...», *op. cit.*, p. 1.

⁴⁰³ CRISTÓBAL MONTES, A, «El daño...», *op. cit.*, p. 3.

⁴⁰⁴ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L, *Derecho de daños...*, *op. cit.*, p. 328.

⁴⁰⁵ NIETO ALONSO, A., «Daños morales derivados...», *op. cit.*, p. 1125.

habla de lesiones en los derechos extrapatrimoniales, y por último, algún sector incide en la lesión de interés de insusceptible o difícil traducción en dinero. Esta cuestión, junto a otras más, será retomada posteriormente, en orden a establecer nuestras propias conclusiones.

4.5.5. La distinción entre los daños patrimoniales y los no patrimoniales: concepción objetiva-típica *versus* concepción subjetiva-consecuencialista

a) Introducción

Una vez que se han expuesto las concepciones positivas y negativas del daño moral tanto en la doctrina de la jurisprudencia como de los autores, y teniendo como meta ofrecer una definición del daño no patrimonial, corresponde ahora detenernos en la posición de la jurisprudencia y de la doctrina sobre la distinción entre los daños patrimoniales y no patrimoniales.

La misma doctrina jurisprudencial (se remonta en el reconocimiento de la indemnizabilidad de los daños morales a sus añejas sentencias del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1912⁴⁰⁶, 13 de noviembre de 1916⁴⁰⁷ y 14 de

⁴⁰⁶ STS de 6 de diciembre de 1912, ponente D. Rafael Bermejo (RJ 1912, 95).

⁴⁰⁷ STS de 13 de noviembre de 1916, ponente D. Mariano Luján (RJ 62, 1916), que si bien declara no haber lugar a la indemnización de los daños y perjuicios, reafirma la doctrina sentada por la STS de 6 de diciembre de 1912. El TS declara no haber lugar al recurso de casación planteado por Don Antonio Díaz Domínguez, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Granada contra Don Juan Hurtado y Sánchez, donde se pretendía una indemnización de daños y perjuicios morales como consecuencia de la instancia dirigida por el demandado, ahora recurrido, al Rector de la Universidad. En dicha instancia el Sr. Hurtado, que al parecer resultaba ser acreedor del catedrático por unos préstamos que ya vencidos desde hacía algunos años continuaban impagados, ponía en conocimiento del Rector tales hechos, así como las supuestas excepciones y trabas procesales empleadas por el deudor a favor de la dilatación de la resolución del procedimiento. En dicha instancia se alega que «determina el art. 167 de la ley de Instrucción pública, de 9 de Septiembre de 1857, que para ejercer el Profesorado en todas las enseñanzas, se requiere, a parte de las condiciones que determina la de justificar buena conducta religiosa y moral, y el artículo 170 que ningún Profesor podrá ser separado, sino en virtud de sentencia judicial que le inhabilite, o de expediente gubernativo, en el cual se declare que es indigno por su conducta moral de

diciembre de 1917⁴⁰⁸), dando encaje legal al daño moral en el artículo 1902 del Código civil, en exégesis del amplísimo «*reparar el daño causado*», le da carta

pertenecer al Profesorado, es, pues, incuestionable que el Profesor ha de ser de buena conducta moral para ingresar en el Profesorado y para permanecer en él, y es esencial esa condición a quien ha de ser padre espiritual de la juventud. Esta alusión a la legislación vigente de Instrucción pública no tiene más objeto que el de indicar que al amparo de sus preceptos, para que estos tengan el debido cumplimiento, acudo a V. E. Demandando la separación de D. Antonio Díaz Domínguez, Catedrático de Derecho mercantil, que es el Profesor a quien me refiero». Con posterioridad «por el Vicerrector de la referida Universidad de Granada, D. Mariano Gaspar, se dirigió a D. Juan Hurtado y Sánchez, el oficio siguiente:.. este Rectorado ha tenido a bien resolver que no ha lugar a proceder académicamente, como V.E. solicita contra el referido Catedrático por la conducta que según V. E. manifiesta sigue en el pleito que sostiene... sin que al Rectorado le sea dado entrar en el examen de dichos incidentes que se promueven por equivocación o mala fe, tratándose como se trata, de asuntos judiciales a la jurisdicción académica que no trascienden a la profesión docente». El catedrático, al enterarse del contenido de la instancia formulada ante el Rector, lo que trascendió del ámbito universitario, puesto que pronto la noticia era conocida en toda la ciudad, «dedujo ante el Juzgado de primera instancia del distrito del Salvador, de Granada, con escrito de 5 de Enero de 1914, demanda en juicio declarativo de mayor cuantía contra D. Juan Hurtado y Sánchez, con la súplica de que en su día, previa declaración de la existencia del delito de injurias constituídas por los términos y por el fondo o pretensión del escrito-denuncia... el Juez de primera instancia del distrito del Salvador, de Granada, con fecha 13 de Octubre de 1914, pronunció sentencia declarando la existencia del delito de injurias graves, constituido por las frases que contenía la denuncia dirigida por D. Juan Hurtado Sánchez, con fecha 20 de Septiembre de 1912 al Excmo. Sr. Rector de la Universidad de dicha ciudad, por lo que dicho Sr. Hurtado era en deber a D. Antonio Díaz Domínguez la cantidad de 5.000 pesetas en concepto de indemnización de daños y perjuicios a que se dejaba reducida la reclamación, y a cuyo pago condenó al D. Juan Hurtado Sánchez... la Sala de lo civil de la Audiencia territorial de Granada, en virtud de apelación que interpuso el Sr. Hurtado, dictó a su vez la suya con fecha 15 de Diciembre de 1915, por lo que, desestimando la excepción de prescripción, alegada por D. Juan Hurtado Sánchez, demandado en este pleito, revocó la pronunciada por el Juez, y absolvió al referido Sr. Hurtado de la demanda origen del pleito, formulada en su contra por D. Antonio Díaz Domínguez,... dada la disconformidad de los fallos de ambas instancias, ha interpuesto el demandante D. Antonio Díaz Domínguez». El Tribunal Supremo, que declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado, argumenta en sus considerandos que «que las responsabilidades derivadas, conforme a los artículos 1.092 y 1.902 del Código civil, de obligaciones dimanantes de causa penable, culpa o negligencia, requieren para ser exigibles en la vida civil, no solamente la ejecución del acto que constituya el delito, integre la culpa o demuestre la imprudencia cometida, sino que además se justifique o surja la certeza de que por consecuencia de aquellos actos ha sobrevenido daño o perjuicio a la persona ofendida o un tercero; pues una cosa es el castigo impuesto por la ley en su caso, para la reparación del derecho social perturbado, y otra el ejercicio de la acción civil de orden particular y privado, cuyo éxito depende de la realidad de la existencia del daño o perjuicio material, o daño moral que lógica y positivamente traiga en pos de sí quebrantos materiales, sin cuya determinación no son aplicables los preceptos legales antes citados» continua afirmando el Tribunal que «no se ha probado que el recurrente haya sufrido daño ni perjuicio alguno... sin que por su desestimación resulte infringida ni tenga aplicación al presente recurso la sabia y moralizadora doctrina contenida en la sentencia de esta Sala, de 6 de Diciembre de 1912, porque allí, tanto el delito como la realidad del daño moral, generador de los perjuicios materiales, fueron afirmaciones de hecho establecidas como premisas de su fallo por el Tribunal a quo»».

de naturaleza, diferenciándolo del daño patrimonial. El Tribunal Supremo efectúa tal diferenciación en función a la identificación de la posibilidad económica de cada uno, de su traducción en dinero, en el sentido de que los daños morales son imposibles de identificar con una cantidad económica, a diferencia de lo que ocurre con los daños patrimoniales, que por su naturaleza pueden identificarse con un monto económico.

⁴⁰⁸ STS de 14 de diciembre de 1917, ponente D. Mariano Luján (RJ 205, 1917). Los hechos que originaron el litigio fueron los siguientes: reclamación ante los Tribunales por un médico de unos honorarios de 2.000 pesetas por asistencia a un parto y que el padre del recién nacido se negó a pagar. A la vista de la declaración pericial de otro médico, el juez dictó sentencia por la que se condenaba al demandado al pago de 300 pesetas, cantidad que si bien podría ser adecuada a la época (en un parto anterior el mismo médico había cobrado 200 pesetas al mismo cliente), resultaba insuficiente para el médico demandante, lo que motivó que acudiera a la Asociación Médico de Navarra presentando quejas por la pericial emitida por el Sr. Monzón y Jiménez. La Asociación Médico de Navarra, de conformidad con su reglamento acordó imponerle al Sr. Monzón y Jiménez las sanciones establecidas en los apartados 5 y 6 del artículo 77 de dicho reglamento. Esto es, aislamiento profesional y su publicación en prensa de todo lo acordado por la Asociación incluyendo la penalidad impuesta. El médico “defenestrado” interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Aoiz, alegando que la actuación de la Asociación le había irrogado «un perjuicio manifiesto en su personalidad privada y en su personalidad profesional, a la que aquélla sirve de base y es su compañera inseparable, y porque con el aislamiento profesional referido se le causaba otro perjuicio todavía más grande y directo, pues al reducirse de ese modo su esfera de acción médica se le mermaban considerablemente los ingresos, siendo la realidad del perjuicio indiscutible y evidente, aun cuando lo natural era que el demandante se enteraría de las ocasiones determinadas en que hubiese sido rechazada su intervención, a virtud de acuerdo de referencia, ya por otros Médicos con ocasión de las consultas que les propongan sus clientes, ya por los mismos clientes del dicente, que enterados de la sanción injusta que se le había impuesto, quisieran evitarse a tiempo el conflicto de no poder, siguiendo con el mismo, llamar a otro Médico en casos de enfermedades graves o delicadas», lo anterior lleva al médico demandante a solicitar en concepto de daños y perjuicios la cantidad de 100.000 pesetas, lo que justifica en el dato de haber tenido hasta la fecha de las actuaciones que denuncia unos ingresos anuales de 25.000 pesetas. En la instancia se acepta íntegramente el *petitum* de la demanda y se condena al pago de la cantidad solicitada. Interpuesto recurso de apelación, se confirma parcialmente la de Primera Instancia y se rebaja la cantidad indemnizatoria a 18.000 pesetas. Interpuesto recurso de casación por la parte demandada, el Tribunal Supremo declara no haber lugar a la casación, argumentando en sus considerandos que «sin necesidad de revivir la sabiduría romana, ni tampoco nuestra antigua legislación hasta la claridad en que se informa el Código Civil patrio, que hizo desaparecer la poca coherencia que sobre las causas generadoras del deber de indemnizar existían, para distinguir hoy perfectamente entre la calificación jurídica del daño patrimonial y el daño moral, culpa o negligencia en la ejecución del acto, de quien en su caso ha de exigirse la responsabilidad y su cuantía; hechos fundamentales a estimar que no faltan aquí, ya que el acuerdo discutido es harto expresivo para formar desde luego el convencimiento de su ilicitud, y por lo tanto que ha sido causa del menoscabo causado en la fama y reputación profesional del demandante...razón por la cual, a partir de su certeza, se impone resarcir a Monzón,..., el daño que el acuerdo le causó, tanto en el concepto profesional que goza, como en el particular y social, sobre todo, después que se hizo público mediante un órgano impreso de mayor o menor circulación».

La doctrina se encuentra dividida a la hora de determinar la naturaleza patrimonial o no del daño, surgiendo la divergencia en función a que se atienda el carácter patrimonial o no del bien afectado, que ha sido denominada como «la concepción objetiva-típica» del daño⁴⁰⁹, o, en las repercusiones que el ataque produce en el patrimonio de quien lo sufre, que ha sido denominada como «la concepción «subjettiva-consecuencialista» del daño⁴¹⁰. Nuestra jurisprudencia ha contribuido a fomentar tal dualidad de concepciones del daño, ya que coexisten pronunciamientos que acogen una concepción del daño con otros que adoptan otra distinta. Esta falta de coherencia, a la que se le podría argumentar como atenuante que nos encontramos en una fase en evolución en la materia, ha sido criticada por CARRASCO PERERA, quien sostiene que «la jurisprudencia española se ha movido en esta ambigüedad y en último extremo ha atendido a variables muy poco aprehensibles. Realmente no sabemos con qué criterio actúan los tribunales, y aunque es sospechable que se atienen al criterio objetivo y no al consecuencial, la lista de los «bienes de la personalidad» que los tribunales están dispuestos a sustantivizar es tan amplia, que finalmente no hay margen para diferenciar entre uno u otro

⁴⁰⁹ A esta concepción del daño no patrimonial CARRASCO PERERA, A., la denomina «objetiva-típica», expone que «si partimos de un punto de vista objetivo, consideraremos daño moral el daño que se produce en una serie (limitada) de bienes jurídicos, definidos como bienes de valor inestimable, y con referencia a cualquier tipo de daño que puedan sufrir semejantes bienes tipificados... La concepción objetiva-típica, que define el daño no patrimonial por el tipo de bien jurídico afectado, encuentra su mayor dificultad en la identificación de estos bienes. Salvo los especialmente regulados por la ley (honor, intimidad, imagen, derecho moral de autor, etc.), resulta sobremanera difícil individualizar otros diversos. Reconocido que lo sean igualmente los bienes de integridad física y salud, en el resto de los casos habría que operar con el método vicioso de elevar a la categoría de bien jurídico lo que sólo es una afección particular o una patología producida por la lesión de otros bienes», *Derecho de...*, *op. cit.*, pp. 1230 y 1231.

⁴¹⁰ A esta concepción del daño no patrimonial CARRASCO PERERA, A., la denomina «subjettiva-consecuencialista» en virtud de la cual «daño moral o no patrimonial no designaría a bienes jurídicos tipificados, sino una partida de daño susceptible de afectar a cualquier interés jurídico del acreedor, desde la propiedad hasta la salud mental; todo daño que no tenga consecuencias patrimoniales, por no ser conmensurable en dinero... Claro que la concepción subjettiva-consecuencialista del daño moral tiene a su vez el inconveniente de que deberá suministrar alguna forma para discriminar entre las múltiples consecuencias patológicas que un incumplimiento contractual puede causar en el ánimo del acreedor, pues todo el mundo está de acuerdo en que sólo algunas de estas afecciones son indemnizables», *Derecho de...*, *op. cit.*, p. 1231.

procedimiento»⁴¹¹. No obstante, coincidir con CARRASCO PERERA en las ambigüedades o vaivenes de nuestra jurisprudencia, consideramos, como se justificará posteriormente, que el criterio hoy dominante no es el objetivo, sino el subjetivo, que estimamos más adecuado, no siendo ajenos a que no es infrecuente hallar sentencias que adoptan el objetivo.

A continuación, haremos referencia a la jurisprudencia y la doctrina que sostienen una posición objetiva-típica del daño, así como a la que conciben el daño desde un punto de vista subjetivo-consecuencialista, para finalizar con la postura que sostenemos.

b) La concepción objetiva-típica del daño moral

Desde el primer punto de vista, el objetivo-típico, debemos partir de la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1912, que trata del honor de la señorita Mussó como bien jurídico no patrimonial lesionado a consecuencia de la publicación de una noticia falsa. En sus considerandos se afirma «que la honra, el honor y la fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima, y su menoscabo la pérdida de mayor consideración que puede padecer en una sociedad civilizada, incapacitándola para ostentar en ella el carácter de depositaria y custodia de los sagrados fines del hogar doméstico, base y piedra angular de la sociedad pública, debiendo, por lo tanto, ser apreciados estos *daños* como uno de los graves, que obliga a tenerlos en cuenta al legislador para legislar y a los Tribunales encargados por la Ley de aplicar y de realizar la justicia con el propósito de remediarlos para procurar se fije una norma reguladora, estableciendo una responsabilidad civil, armonizada con los principios jurídicos que informan nuestro derecho común, si no se quiere fomentar en la sociedad una negligencia suicida, cual sería el abandono de un elemento social de primer orden como la mujer, al capricho de la pública maledicencia... que

⁴¹¹ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de...*, *op. cit.*, p. 1231.

tomados en cuenta estos fundamentos sociales de toda legislación y de toda organización de justicia, no cabe desconocer que el hecho controvertido en autos constituye una total y absoluta expoliación de la dignidad personal, familiar y social de la joven ofendida, violentamente despojada de todos sus títulos de pudor y honestidad que la hacían acreedora a la estimación pública por presentarla de modo evidente y escandaloso culpable de fuga del hogar paterno y de amancebamiento sacrílego consumado, con todas sus consecuencias naturales, inhabilitando por efecto de la pública exposición del hecho calumnioso en periódicos de gran circulación»⁴¹². La sentencia toma en consideración para pronunciarse a favor de la existencia de daños morales los bienes concretamente lesionados y no sus repercusiones. Insiste en que «la honra, el honor y la fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima, y su menoscabo la pérdida de mayor consideración que puede padecer en una sociedad civilizada». A idénticas conclusiones llega Díez-PICAZO, quien, al comentar la sentencia, sostiene que «no aclara si, en materia de lesión del honor y del buen nombre, el daño moral se produce de manera automática o si para medirlo hay que tomar en consideración el impacto físico o psicológico que los hechos producen en el sujeto afectado. La sentencia distinguía entre daños materiales y daños morales, ordenando la reparación inmediata de estos últimos, pero no aclaraba la cuestión planteada, que la lectura del contexto permite resolver en sentido afirmativo. De esta suerte, según la idea del Tribunal Supremo, la lesión determina por sí sola, un daño moral»⁴¹³.

Continuando con la vida, como bien jurídico protegido, debe citarse la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1928, dictada como consecuencia del atropello de una niña de nueve años de edad por un automóvil, con el resultado de su muerte⁴¹⁴. Esta sentencia ratifica los

⁴¹² STS de 6 de diciembre de 1912, ponente D. Rafael Bermejo (RJ 1912, 95).

⁴¹³ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L, *Derecho de daños...*, *op. cit.*, p. 112 .

⁴¹⁴ STS de 10 de julio de 1928, ponente D. Martín Perillán (RJ 1928, 128). En sus considerandos se sostiene que «la ley, como verbo perfecto que es del derecho positivo, realiza su fin jurídico social mediante el desenvolvimiento en la vida real del principio o

argumentos consagrados en la del año 1912, si bien, en este supuesto el bien jurídico lesionado ha sido la vida de la menor. Es llamativa la cantidad con que se indemniza a los padres de la desafortuna menor. Recuérdese que, en el caso de la lesión del honor de la señorita Mussó, la indemnización ascendía a la cantidad de 150.000 pesetas, y en este otro supuesto, en el que la menor pierde la vida, la cantidad es muy inferior, 10.000 pesetas. Ello no es más que la constatación de que en esta fase de la evolución jurisprudencial no se toma en cuenta el daño moral puro para su indemnización, sino las consecuencias

principios en que se informa, adaptando armónica y ecuéanimemente el elemento general y ético, y, por lo tanto, invariable, de su imperativo, con el individual y variable del acto jurídico resultante de las complejas, mudables y progresivas necesidades de la convivencia o comercio social; y siendo, como es, la ley naturalmente estacionaria, como precepto escrito, la jurisprudencia, es la que mediante las generales normas de interpretación que establece inspirándolas en los dictados de la razón y de la equidad y, sobre todo, en los principios informantes de la ley lleva a efecto esta evolución jurídica, al ritmo siempre de las nuevas necesidades de la vida y de los progresos de la ciencia; por eso, ínterin no se determinaran o concretaran en la realidad otras relaciones engendradas por los atentados contra el honor y la vida, que las puramente espirituales, no pudo surgir otra valoración que la moral que es inaplicable «per se» en el orden económico; pero una vez demostrado por la incontrastable fuerza de la realidad que dichos atentados y pérdida repercuten en daño del patrimonio individual, no es admisible sin menoscabo de los principios de la moral y de los dictados de la razón, dejar de valorar pecuniariamente estos daños y perjuicios materiales; y en efecto la jurisprudencia de este Supremo Tribunal declaró en sentencia de 6 de Diciembre de 1912 que el honor, además del valor espiritual, tiene otro material y cotizable, cuando al ataque contra el mismo se siguen menoscabos en el patrimonio de la víctima; y en la de 24 de Febrero de 1928, al casar la sentencia recurrida, sancionó la valoración de la vida de una señora electrocutada por descuido o negligencia culpable de los que declaró responsables condenándoles al pago de la indemnización de 28.000 pesetas, de conformidad con la sentencia de primer grado; y por esto, teniendo en cuenta el legislador esta nueva orientación jurídica, en el artículo 72 del proyecto del Código penal, se establece «que la indemnización comprenderá todos los perjuicios, así morales como materiales, causados y que puedan resultar en lo futuro, no solamente al agraviado, sino a su familia y a un tercero», y añade que «para determinar la indemnización los Tribunales tendrán en cuenta la edad, posición social, profesión y poder adquisitivo de la persona muerta...Y asimismo estimarán los daños morales que repercutan en el patrimonio, empleo o estado del ofendido actuales o posibles»; de suerte que al valorar la Sala sentenciadora la pérdida de la vida de la niña Pilar Pascual, fundándose no sólo en la realidad demostrada de la culpa, sino también del daño y relación de causalidad entre la primera y el segundo, de conformidad con lo declarado por esta Sala, entre otras sentencias, en las de 19 de Diciembre de 1910, 13 de Noviembre de 1916 y 15 de Febrero de 1924, no ha infringido ni el artículo 1.902 del Código civil, ni tampoco la doctrina invocada en el motivo segundo de casación, que es procedente también desestimar desde este punto de vista...Considerando que no existiendo términos hábiles para demostrar «a priori» el valor de la vida de Pilar Pascual, porque tratándose de una niña de nueve años su facultad productora no había llegado a ponerse en acto, su valoración pecuniaria no puede descansar en el resultado de la prueba objetiva; dificultad de que se hizo cargo esta Sala y la resolvió en la sentencia de 6 de Diciembre de 1912, inspirada en los principios del Derecho y en la legislación de Partidas, declarando que a nadie más que al Tribunal sentenciador corresponde fijar el importe de la oportuna indemnización, de modo prudencial, atendiendo a las circunstancias de la ofendida, su edad, y su posición social».

patrimoniales que derivan del daño a los bienes jurídicos extrapatrimoniales o también denominados bienes ideales. Al respecto, son significativas las afirmaciones de la sentencia cuando dice que «para determinar la indemnización los Tribunales tendrán en cuenta la edad, posición social, profesión y poder adquisitivo de la persona muerta... Y asimismo estimarán los daños morales que repercutan en el patrimonio, empleo o estado del ofendido actuales o posibles» o «porque tratándose de una niña de nueve años su facultad productora no había llegado a ponerse en acto». No cabe duda de que, si el desgraciado accidente hubiera acaecido en la actualidad, el monto indemnizatorio hubiera sido mucho mayor, al no depender la indemnización del daño moral de la producción de perjuicios patrimoniales.

Interesantes resultan las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1959⁴¹⁵ y de 28 de febrero de 1964⁴¹⁶, por ser prácticamente las únicas que hasta la década de los años 1970 intentaron ofrecer un concepto de daño moral.

En la sentencia de 28 de febrero de 1959, los hechos que dan lugar a la litis son que «el actor arrendatario de una vivienda y local de negocio propiedad del demandado, tuvo que ausentarse a primeros de año de Madrid a Ceuta por sus negocios, habiendo remitido por giros postales las rentas correspondientes de los meses de enero y febrero sin habérsele entregado los recibos correspondientes; que los pagos de los siguientes meses fueron rehusados por el propietario, el cual con ciertas evasivas y en conferencias telefónicas daba largas al asunto con diversos pretextos, hasta que el actor pudo enterarse que a sus espaldas se había tramitado un juicio de desahucio por falta de pago sin poder hacer nada contra la sentencia recaída pues ya se había efectuado el lanzamiento, por lo que solicita se declare la nulidad del juicio de desahucio y en caso de no ser posible, la indemnización de daños y perjuicios que ha sufrido y que valúa en 1.800.000 pesetas. El demandado se opuso alegando

⁴¹⁵ STS de 28 de febrero de 1959, ponente D. Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu (RJ 1959, 1086).

⁴¹⁶ STS de 28 de febrero de 1964, ponente D. Manuel Lojo Tato (RJ 1964, 1224).

que por su parte no ha habido ninguna maquinación fraudulenta ni mala intención, pues las rentas de los meses de enero y febrero las había cobrado su esposa que no le había dado cuenta, y él, al recibir las posteriores las rehusó por creer que no estaban satisfechas las anteriores, por lo que solicita la resolución». En la Primera Instancia se condenó al demandado al pago de 100.000 pesetas en concepto de daños y perjuicios, así como otras cantidades por los deterioros sufridos por el mobiliario del demandante, por los perjuicios que le supuso perder su vivienda, así como por las dificultades de encontrar otra y por los gastos judiciales. Apelada la sentencia, ésta fue estimada parcialmente, por lo que sólo tendría el demandado que abonar la cantidad líquida de 100.000 pesetas en concepto de daños y perjuicios. Presentado en tiempo y forma el recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. Lo que aquí nos interesa de la sentencia es lo relativo a los argumentos contenidos en su considerando segundo. Sostiene el Tribunal que «habida cuenta que el concepto de daño moral, y tal y como ha sido perfilado por la jurisprudencia, está constituido por los perjuicios que sin afectar a las cosas materiales, susceptibles de ser tasadas, tanto en su totalidad como parcialmente en los diversos menoscabos que puedan experimentar, se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales de la salud, el honor, la libertad y análogos que son los más estimados y por ello más sensibles, más frágiles y más cuidadosamente guardados, bienes morales que al no ser evaluables dinerariamente para el resarcimiento del mal sufrido cuando son alterados, imposible de lograr íntegramente, deben sin embargo ser indemnizados discrecionalmente en función del artículo 1902 del citado Cuerpo legal, como compensación a los sufrimientos del perjudicado; luego es evidente que haciendo aplicación de tal doctrina al caso de autos y declarando probado en la sentencia penal que el recurrente utilizó maquinaciones fraudulentas para obtener el desahucio de referencia por impago de rentas y en la sentencia de instancia, que ello originó perjuicios al demandante en la estimación pública al ser considerado como mal pagador al punto de ser lanzado por esa causa de su vivienda, lo que afecta al buen crédito de la persona»⁴¹⁷.

⁴¹⁷ Vid., comentarios a la sentencia en GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil...*, op. cit., pp. 89 y 90 y NIETO ALONSO, A., «Daños morales derivados...», op. cit., pp. 1179 y 1180.

De la anterior sentencia se pueden extraer las siguientes conclusiones: primera, partiendo de los perfiles con los que la jurisprudencia ha ido configurando la noción de daño moral, ofrece un concepto de daño moral captando la esencia pura del mismo. Segunda, caracteriza el daño moral como aquellas lesiones que no pueden valorarse pecuniariamente, es decir, con la nota de extrapatrimonialidad. Tercera, propone una concepción del daño moral sustentada sobre la base de la lesión de bienes de la personalidad. Ello queda patente cuando identifica el campo del daño moral con el «patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales de la salud, el honor, la libertad y análogos que son los más estimados, y por ello más sensibles, más frágiles y más cuidadosamente guardados». Cuarta, llama la atención que, encontrándonos en un supuesto de daños y perjuicios derivados de un contrato de arrendamiento, lo que nos sitúa en el campo de la responsabilidad contractual, el Tribunal tutele el resarcimiento del daño moral encajándolo legalmente en el artículo 1902 del Código civil, en sede de responsabilidad aquiliana. Como ya se ha afirmado, fue la sentencia de 9 de mayo de 1984 la que por primera vez de forma explícita recoge la indemnización del daño moral contractual. Recoge dicha resolución un claro ejemplo de aplicación de la doctrina de la unidad de la culpa civil, que será objeto de estudio en este trabajo⁴¹⁸. Quinta, si, como

⁴¹⁸ Una vez admitida por la sentencia de 9 de mayo de 1984 la indemnización del daño moral contractual, lo razonable, en litigios suscitados en relación a contratos, y en concreto por lo que a los de arrendamientos se refiere, es que el TS recurra a los artículos 1101 y 1554 del Código civil y 107 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, para encajar legalmente el daño moral y no tener que aplicar la doctrina de la unidad de culpa civil. Como muestra de ello puede verse la STS de 11 de marzo de 2002, ponente D. José Almagro Nosete (RJ 2002, 5691). No obstante, se aprecia como en algún supuesto, si bien poco tiempo después de la de 1984, el Supremo resuelve acudiendo nuevamente a la doctrina de la unidad de culpa civil. Así la sentencia de 16 de diciembre de 1986, ponente D. Jaime Santos Briz (RJ 1986, 7447): «se ejercita en la demanda origen de la litis de que dimana este recurso de casación una acción de reclamación de indemnización de los perjuicios materiales y gastos ocasionados con motivo del hundimiento de la techumbre en la casa donde radica el piso de que son inquilinos los demandantes, así como otra suma por daños morales debidos a la parcial destrucción del hogar familiar y el forzoso éxodo en busca de otro donde guarecerse. Se dirige la demanda contra el arrendador, invocando principalmente los artículos 1902 y 1907 del Código Civil. En el apartado C) del suplico de la demanda se pide tener por subsistente el contrato de inquilinato del piso que el actor y familia ocupaban y a que la demandada realice en él las obras y reparaciones precisas para que sea nuevamente habitable de acuerdo con el contrato y las normas de la Ley de Arrendamientos Urbanos (RCL 1964\2885 y NDL 1844). La sentencia recurrida desestima la demanda por inadecuación de procedimiento, al entender que debió

seguirse el procedimiento de la legislación especial arrendaticia urbana y no la acción extracontractual de reclamación de daños. El Juez de primera instancia entendió, en cambio, que fuera de la reclamación de reparaciones del inmueble, materia regulada en la Ley de Arrendamientos Urbanos, el resto de los pedimentos corresponde al proceso seguido y sobre ellos resuelve estimando en parte la demanda. Son hechos que la sentencia de primer grado fija y sobre los que nada se objeta en la sentencia recurrida, admitiéndolos por tanto, los siguientes: a) Los actores, ahora recurrentes en casación, son inquilinos del piso segundo izquierda del edificio de autos, arriendo que subsiste en virtud de prórroga legal aplicable. b) El edificio en cuestión presentaba durante los últimos años acusadas deficiencias en su techumbre, lo que provocó quejas y denuncias por parte de los inquilinos, así como la realización de reparaciones sucesivas (en octubre de 1978 y en 1980); mas no obstante tales reparaciones el día 18 de diciembre de 1981 se produjo un súbito hundimiento de una parte del tejado que afectó a la vivienda del actor, hundimiento que se atribuye a las circunstancias de vetustez del edificio y falta de reparaciones, no corregidas eficazmente a tiempo mediante la realización de las obras precisas. c) La propiedad demandada y recurrida omitió disponer se llevaran a cabo dichas reparaciones, lo que dio lugar a la creación de una grave situación de riesgos que desembocó en la producción del daño referido. d) Se probaron los daños causados en la cantidad de 214.316 pesetas, y otras sumas por diversos conceptos incluidos daños morales, lo que da un total concedido en la demanda de primera instancia de 256.674 pesetas, más lo que resulte de la actualización de la suma por aumento del coste de vida (índice de precios medios al consumo) y la indemnización de cien mil pesetas por daños morales. e) Respecto de los daños morales apreciados, se tuvo en cuenta el inmenso trastorno y la angustia ocasionada a la familia de los actores (matrimonio y cuatro hijos, teniendo el esposo recurrente amputada una pierna en operación reciente), que se vieron en la ineludible necesidad de abandonar su modesta vivienda y hubieron de acogerse en la casa de un familiar e iniciar las difíciles gestiones para conseguir otra vivienda, que por fin les fue concedida por mediación del Ayuntamiento; concepto por el que el Juez de instancia le señala la suma de cien mil pesetas. Frente a esa resultancia fáctica, impugnada y admitida en ambas sentencias de instancia, se formulan cinco motivos en el recurso, de los que el quinto acusa, al amparo del n.º 1.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la violación por inaplicación de los artículos 1554-2.º, 1101, 1103, 1104 y 1902 del Código Civil, en relación con la doctrina legal contenida en las sentencias que cita; en cuyo motivo el recurrente insiste en que la causa de pedir se halla tanto en el artículo 1554-2.º como en el 1902, ambos del Código Civil, ya que añade «no existen entre las responsabilidades contractual y extracontractual esenciales diferencias y sí fundamentos y finalidad comunes», es decir, sustancialmente se reclama una indemnización de daños por culpa extracontractual pero derivados de un contrato arrendaticio: ejercitándose, por tanto, la demanda con base principal en cuanto al resarcimiento en el artículo 1902 del Código Civil. El motivo examinado debe ser estimado, en virtud de las siguientes razones: a) Si bien es doctrina de esta Sala -sentencias, entre otras, 3 de mayo de 1924 y 12 de mayo de 1969 (RJ 1969\2473)-, que existiendo obligación derivada de contrato no hay que acudir al artículo 1902 citado; sin embargo hay supuestos, como el debatido, en que no basta que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la culpa aquiliana, sino que se requiere para que ello suceda -como declara la sentencia de 9 de marzo de 1983 (RJ 1983\1463)- la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial, lo que no puede predicarse del supuesto fáctico contemplado, en que sobrevino el hundimiento de la techumbre del edificio en que radica la vivienda del recurrente, obligando a sus moradores a abandonarla rápidamente, pretendiendo en esta litis que se declare una obligación de indemnizar a consecuencia de la actuación culposa de la arrendadora, indemnización que ha de declararse, tanto si se trata de infracción contractual como si es extracontractual, según afirmó la sentencia de 8 de junio de 1962 (RJ 1962\2762). b) En el supuesto ahora visto se ejercitó la acción extracontractual y de manera complementaria se invocó también el contrato arrendaticio, pero no debe olvidarse que el artículo 1101 sancionador de la infracción contractual es aplicable a toda clase de obligaciones cualquiera que sea su origen -sentencia

hemos afirmado, esta sentencia acoge una concepción objetiva-típica del daño moral, parece existir una contradicción interna que nos parece premonitoria de la concepción subjetiva-consecuencialista que se ha ido abriendo paso a partir de la década de los noventa y que, como se argumentará, consideramos que es la más adecuada. Esta contradicción interna ha sido puesta de relieve por GARCÍA LÓPEZ, afirmando que la sentencia «descalifica parcialmente su concepción y aflora la confusión del Tribunal Supremo cuando al final del párrafo referido alude a la reparación de los sufrimientos del perjudicado. Es decir, al asignar a la indemnización pecuniaria la función de compensación de los *sufrimientos* del perjudicado, está haciendo recaer sobre éstos el objeto del daño moral aunque tenga por origen la lesión de derechos o bienes de la personalidad. No es la salud, ni el honor, ni la libertad, ni, en fin, ningún bien inmaterial integrante del patrimonio espiritual de la persona lo que constituye realmente el objeto del daño moral, sino su proyección, su repercusión negativa sobre uno de los aspectos de la personalidad, concretamente la tranquilidad o

de 5 de enero de 1949 (RJ 1949\83)- y lo mismo los artículos 1103 y 1104 del citado cuerpo legal, y que como declaró la sentencia de 21 de Enero de 1964, está bien aplicado el artículo 1902 aunque en la demanda por argumento «ad maiorem», se invoquen artículos sobre responsabilidad contractual. c) Por último, aun habiendo relación contractual, determinó la sentencia de 24 de junio 1969 (RJ 1969\3635), y cuyo criterio siguen las de 31 de diciembre de 1980, y 10 de mayo 1984 (RJ 1984\2405), que el Tribunal ha de respetar la relación jurídica procesal establecida por las partes, y habiendo alegado el actor y aceptado el demandado la litis a base del artículo 1902, el Tribunal de instancia no debe entender ejercitable la acción contractual, máxime cuando se piden, entre otras partidas, una por daños materiales devenidos fuera del piso arrendado y otra por daños morales, cuya procedencia de mera infracción contractual es dudosa. d) No es de olvidar que en la demanda se pidió también la declaración de subsistencia del contrato arrendaticio, petición que ha de sustanciarse en procedimiento común por no apoyarse en norma alguna de la Ley de Arrendamientos Urbanos, conforme al artículo 151 de la misma, y así se declaró por esta Sala -sentencias de 2 de diciembre de 1965 (RJ 1965\5581), y 10 de Febrero de 1966 (RJ 1966\448), entre otras- que las cuestiones sobre determinación de la existencia del contrato caen fuera del ámbito de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que sólo regula los efectos y consecuencias de los contratos en período de consumación. En cambio, si la materia está regulada en la ley común y en la especial, como la cuestión relativa a las obras de reparación del inmueble arrendado, debe prevalecer la legislación especial y seguirse el procedimiento en ella determinado, -sentencias de 10 de mayo de 1951 (RJ 1951\1320), y 2 de diciembre de 1960 (RJ 1960\4092), entre otras-; criterio que acertadamente siguió el Juez de primera instancia, e) Por último es de interés denotar que la jurisprudencia de casación de Italia, en supuestos como el que es objeto de este recurso, admite la acumulación de la acción contractual y la extracontractual, al permitir al locatario obtener el pleno resarcimiento de daños por ruina del inmueble arrendado, criterio que viene a coincidir con el seguido en esta resolución, en la que se trata sobre todo de que el locatario perjudicado obtenga un equitativo resarcimiento por los daños sufridos, previa invocación en primer lugar de la normativa extracontractual y seguidamente también de la contractual».

ámbito psico-afectivo que proporciona el bienestar anímico de la persona. Si la indemnización tiene como misión reparar el daño ocasionado y si en el daño moral tiende a compensar los sufrimientos padecidos, indefectiblemente se está tomando el sufrimiento como objeto del daño a reparar, por lo que desde esta perspectiva resulta indiferente la lesión de bienes de la personalidad; en definitiva, ésta no configuraría ningún daño moral»⁴¹⁹.

Por su parte, en cuanto a la sentencia de 28 de febrero de 1964, dictada con relación a un accidente de circulación sufrido por unos ciudadanos franceses que se hallaban de vacaciones en España, en la primera instancia se condena a los demandados al pago de daños y perjuicios, y en lo atinente a los daños morales «a abonar solidariamente y como indemnización de los daños morales, 100.000 francos franceses a don Emilio L., y 60.000 a la señora C.,». Apelada la sentencia, la misma es confirmada por la Audiencia, declarando posteriormente el Tribunal Supremo no haber lugar al recurso de casación. En su considerando cuarto «estimó procedente “la obligación de compensación” por los sufrimientos, dolores y ansiedades que tuvieron que soportar aquellos “hasta su estado de sanidad» calificándolos como daños de índole moral... más al respecto debe observarse que la cuestión relativa al llamado daño moral, ha experimentado una evolución en la doctrina de esta Sala, cual se destaca en la S. De 10 de julio 192, inspirada en los dictados de la razón y de la equidad y, sobre todo, en los principios informadores de la Ley, jurisprudencia que, a partir de la S. De 6 diciembre 1912, con el apoyo de la Ley 21, título 9.º de la Partida 7.ª, abrió paso a una rectificación de la antigua doctrina (S. de 21 enero 1957) (Rep. 1133), estando constituido el daño moral por los perjuicios que, sin afectar a las cosas materiales susceptibles de ser tasadas se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales, de la salud, el honor, la libertad y otros análogos, según expone la sentencia de esta Sala de 28 de febrero 1959 (Rep. 1497), bienes que, en frase de esta sentencia, deben ser indemnizados discrecionalmente, en función del art. 1902 del C. Civ. Como compensación a los sufrimientos sufridos”. Hasta aquí, la sentencia, si bien parte de la concepción del daño moral como lesión de los

⁴¹⁹ GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil...*, op. cit., pp. 89 y 90.

bienes inmateriales, reitera la contradicción imperante en la sentencia de 28 de febrero de 1959, porque también se habla “de obligación de compensación por los sufrimientos, dolores y ansiedades que tuvieron que soportar aquellos hasta su estado de sanidad calificándolos como daños de índole moral” y de “compensación a los sufrimientos sufridos”».

Pero la confusión se agrava en el quinto de sus considerandos al afirmar «que en la doctrina científica se ha distinguido entre los daños propiamente morales y aquellos que puedan denominarse patrimoniales indirectos, y si bien es cierto que algunas de las sentencias por la parte recurrente se refieren al honor y a la difamación, ello no circunscribe el ámbito de la doctrina, en lo que puede afectar, a la vida, a la salud, a la libertad y también a la integridad física si bien con la cautela y la moderación que esta materia impone; pero, en el presente caso, más que daños morales, lo que el Tribunal «a quo» tiene en cuenta son los dolores y sufrimientos físicos que padecieron los lesionados a consecuencia de los traumatismos y lesiones que les fueron causadas en el accidente y hasta que obtuvieron la sanidad, con debilitación de su actividad personal y frustración del viaje turístico que realizaban por España los súbditos franceses reclamantes, cual se desprende de otros razonamientos de la sentencia, aparte el dolor moral, propiamente dicho, también compensable, y la apreciación hecha al respecto tanto en cuanto a la realidad del daño, como al «quantum» de resarcimiento, debe ser respetada, sin que por ende, puedan prosperar los tres primeros motivos del recurso».

Si ya resultan confusos los argumentos expuestos en el considerado cuarto, el quinto supone un auténtico expolio del concepto de daño moral. Distingue el dolor moral del dolor físico, omitiendo cualquier consideración en torno al contenido del primero, e identificando las lesiones a la integridad corporal con el segundo. Por otra parte, excluye de la consideración de daños morales las perturbaciones, dolores y sufrimientos físicos al afirmar que «en el presente caso, más que daños morales, lo que el Tribunal «a quo» tiene en cuenta son los dolores y sufrimientos físicos que padecieron los lesionados a consecuencia de los traumatismos y lesiones que les fueron causados en el accidente y hasta que obtuvieron la sanidad». ¿Existe aquí una contradicción

con su propia concepción de daño moral? En el considerando cuarto dice que «estando constituido el daño moral por los perjuicios que, sin afectar a las cosas materiales susceptibles de ser tasadas se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales, de la salud, el honor, la libertad y otros análogos» y ahora, en el considerando quinto dice lo contrario. En lo anterior no acaban los problemas, puesto que afirma que «en el presente caso, más que daños morales, lo que el Tribunal «a quo» tiene en cuenta son...frustración del viaje turístico que realizaban por España los súbditos franceses reclamantes». Decíamos que esta sentencia produce una expoliación del daño moral, y ello porque sostiene que el daño moral no son las perturbaciones, dolores y sufrimientos físicos y tampoco la frustración del viaje turístico⁴²⁰. Entonces, y ante ello, tendríamos que preguntarnos, ¿qué lesiones o perjuicios constituyen el contenido del daño moral?

Si acudimos a sentencias del Tribunal Supremo más modernas, la de 31 de octubre de 2002⁴²¹ también es continuadora de la concepción objetiva-típica del daño moral. La litis trae causa de la celebración de un contrato para la construcción de un edificio de apartamentos turísticos entre una empresa dedicada a actividades turísticas y una empresa constructora. Como consecuencia de la defectuosa realización de la obra, en concreto de la impermeabilización, se pusieron de manifiesto humedades en diversos apartamentos. La empresa turística demandó a la constructora solicitando la finalización de las obras de impermeabilización pendientes, la cantidad de 5.719.372 por los daños y perjuicios materiales producido por las humedades, así como la suma de 5.480.000 pesetas en concepto de daño emergente y daños morales. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente lo

⁴²⁰ Al respecto afirma GARCÍA LÓPEZ, R., que «todo ello significa no como dice GARCÍA SERRANO -al comentar la citada sentencia- reducir el daño moral a su mínima expresión, sino vaciarlo totalmente de contenido. Si el daño moral no se configura por la lesión de bienes de la personalidad ni por los sufrimientos físicos ni por la frustración del viaje, ¿cuál puede ser, en la concepción de la sentencia comentada, el objeto del daño moral?», *Responsabilidad civil...*, op. cit., p. 91.

⁴²¹ STS de 31 de octubre de 2002, ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2002, 9736). Ha sido comentada y objeto de crítica, no por la decisión adoptada, pero sí por los argumentos esgrimidos en sus considerandos, por MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., «Comentario a la STS de 31...», op. cit., pp. 245 a 269.

solicitado y absolvió a la empresa constructora. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial revocó la sentencia y estimó íntegramente el *petitum* de la demanda. La parte demandada interpuso recurso de casación, declarando el Tribunal Supremo haber lugar al mismo, anulando parcialmente la sentencia de apelación y sustituyendo la suma de 5.480.000 pesetas en concepto de daño emergente y daños morales, por la cantidad de 1.980.000 pesetas en concepto de lucro cesante, absolviendo a la parte demandada del pago de suma alguna en concepto de daño moral.

Lo fundamental de la sentencia, por lo que a la indemnización del daño moral se refiere, se encuentra en los argumentos del considerando quinto, al afirmar que «no es correcta la apreciación del daño moral. El concepto de éste es claro y estricto; no comprende aspectos del daño material. Si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda este que alcance también a la esfera espiritual. Hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona: es el caso del honor, intimidad e imagen que contempla la Ley 1/1982, de 5 de mayo (RCL 1982, 1197; ApNDL 3639), es el caso también de la muerte del ser querido, tanto si es el hijo menor que no produce perjuicio económico, sino también del padre de familia que, además, sí lo produce; es el caso, asimismo, del «pretium doloris». Pero no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial».

Según el razonamiento de la sentencia, cuando del incumplimiento del contrato deriva un perjuicio en la esfera patrimonial del acreedor, sólo existe daño patrimonial, o, a *sensu* contrario, sólo existirá daño moral cuando el incumplimiento afecte a un bien no patrimonial. En virtud de la concepción objetiva-típica del daño de la que la sentencia es un claro exponente, se hace depender la naturaleza del daño, de la naturaleza del bien lesionado, no pudiendo coexistir daños patrimoniales y no patrimoniales, derivados bien de la lesión de un bien patrimonial, bien de la de un bien no patrimonial o espiritual; siendo por tanto permeable en exclusiva la naturaleza del daño a la del bien lesionado.

Los argumentos de la sentencia, si bien son coherentes con la concepción del daño que asume, no pueden ser admitidos en la actualidad, pues se encuentran en contradicción con la jurisprudencia moderna y con la doctrina mayoritaria, que no cualifica el daño en atención al bien afectado. Como afirman MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU, lo adecuado es «variar el enfoque y desplazar el centro de atención del bien o interés lesionado (daño-evento) a las consecuencias dañosas de toda lesión (daño consecuencia). Por esa razón, del mismo modo que la lesión de un bien no patrimonial, como el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen, puede dar lugar a consecuencias tanto de naturaleza no patrimonial como patrimonial (cf. SSTs 18.11.2002 [RJ 2002, 10261]»; 25.11.2002 [RJ 2003, 10274]), también la infracción de bienes o intereses patrimoniales puede producir consecuencias tanto de uno como de otro orden»⁴²². Como justificaremos posteriormente, coincidimos con la anterior afirmación, respecto al desplazamiento del centro de atención, para calificar el daño como patrimonial o no, del bien lesionado, no así del interés.

En la doctrina española varios autores han adoptado una concepción objetiva-típica del daño, centrando la naturaleza del mismo no en las consecuencias del incumplimiento, sino en el bien lesionado. Así, CASTÁN afirma que los daños morales son «aquellos que afectan a los bienes inmateriales de la personalidad -como la libertad, la salud, el honor- extraños al patrimonio y que no repercuten, cuando menos de modo indirecto, sobre éste»⁴²³. Por su parte, GARCÍA SERRANO, ante la disyuntiva daño objetivo-típico y daño subjetivo-consecuencialista, sostiene que resulta más acertado el primer criterio al no deberse relegar lo fundamental, la naturaleza del bien afectado, a un plano secundario, entre otras cosas por cuanto el ataque a un mismo bien puede producir, en casos distintos, repercusiones muy diferentes, rechazando el segundo criterio de calificar el daño atendiendo a sus repercusiones, pues tienen, en buena medida, una extensión imprevisible, y

⁴²² MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., «Comentario a la STS de 31...», *op. cit.*, pp. 252 y 253.

⁴²³ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español...*, *op. cit.*, p. 245.

ello le lleva a afirmar que el daño moral «es la destrucción o menoscabo de un interés, el carácter del daño debe guardar estrecha conexión con la naturaleza del bien lesionado. Y dado que los intereses pueden recaer sobre bienes patrimoniales o no patrimoniales, el daño tendrá uno u otro carácter según sea de una u otra naturaleza el bien que resulte directa y primordialmente dañado»⁴²⁴. Argumenta en contra de la concepción subjetiva-consecuencialista que «resulta también rechazable el criterio de las repercusiones del acto ilícito para calificar el daño, puesto que con el mismo se quita fijeza a la distinción entre lo que sea patrimonial y lo que no tenga tal carácter, y es que, como señalábamos anteriormente, hay casos en que el ataque a un bien extrapatrimonial puede tener repercusiones económicamente valorables e incluso traducirse, de modo reflejo, en un beneficio económico... Nótese, repetimos, cómo de un mismo hecho pueden derivarse consecuencias totalmente distintas según el sujeto afectado, y la falta de fijeza del criterio hace aconsejable abandonarlo»⁴²⁵. GARCÍA SERRANO afirma que «un primer criterio clasificatorio, ya clásico, es el que lleva a distinguir aquellos daños que pudieran denominarse “morales puros”, de los llamados “patrimoniales indirectos” o “morales impropios”. Los primeros son aquellos que no trascienden de la esfera del sentimiento. Los segundos tienen, en cambio, repercusiones patrimoniales. Naturalmente, adoptar esta distinción supone que, previamente, califiquemos el daño como patrimonial o extrapatrimonial en razón del bien que resulta directamente afectado, y no a sus posibles consecuencias de tipo patrimonial»⁴²⁶. Considero que la categoría de los daños morales impropios o daños patrimoniales indirectos es una creación artificiosa que un sector de la doctrina que sostiene la concepción objetiva-típica del daño ha creado ante la imposibilidad de justificar que de un perjuicio en la esfera patrimonial puedan derivar consecuencias no patrimoniales y a la inversa.

⁴²⁴ GARCÍA SERRANO, F. DE A., «El daño moral...», *op. cit.*, p. 801.

⁴²⁵ GARCÍA SERRANO, F. DE A., «El daño moral...», *op. cit.*, p. 806.

⁴²⁶ *ult. op. cit.*, p. 810.

En la misma línea que los autores anteriores, CRISTÓBAL MONTÉS define el daño moral como «aquel que afecta a un bien de la personalidad o de la vida (libertad, salud, honor, honestidad, paz, tranquilidad de espíritu, integridad física, bienestar corporal, privacidad, etc.), es decir, el que implica quebranto, privación o vulneración de esa categoría de bienes incorpóreos cuya tutela cobijamos bajo la categoría jurídica de los denominados derechos de la personalidad»⁴²⁷, por lo «que la no patrimonialidad del mismo no puede tener otra referencia que la naturaleza del bien afectado»⁴²⁸.

En la doctrina extranjera, adopta la concepción objetiva-típica del daño LARENZ, sosteniendo que el «daño “inmaterial” o “ideal” es el daño directo que alguien sufre en un *bien de la vida* (como la salud, el bienestar corporal, la libertad, el honor) que *no puede ser valorado en bienes patrimoniales*. Ha de tenerse en cuenta que la infracción de uno de los bienes “ideales” indicados puede también tener por consecuencia mediata un daño patrimonial, aunque de ellos no derive directamente un daño valuable en dinero, p. ej., en forma de gastos para el restablecimiento de la salud, adquisiciones no hechas o pérdidas en los negocios que traen consigo los daños inferidos a la reputación, la fama o la solvencia. Por lo tanto, los daños patrimoniales no tienen siempre como presupuesto necesario la infracción de un bien patrimonial, sino que igualmente pueden derivarse, aunque únicamente en concepto de daños mediatos, de la infracción de un bien inmaterial, en cuanto ésta produzca consecuencias perjudiciales para el patrimonio del perjudicado»⁴²⁹.

Si bien los situamos dentro de los autores que sostienen la concepción del daño moral que venimos abordando, algunas dudas pueden suscitar ÁLVAREZ VIGARAY y GARCÍA LÓPEZ.

⁴²⁷ CRISTÓBAL MONTES, A, «El daño...», *op. cit.*, p. 3.

⁴²⁸ CRISTÓBAL MONTES, A, «El daño...», *op. cit.*, p. 4.

⁴²⁹ LARENZ, K., *Derecho de obligaciones...*, *op. cit.*, pp. 194 y 195.

El primero de ellos critica la concepción del daño moral que lo identifica con la lesión de un derecho subjetivo no patrimonial afirmando que «el carácter patrimonial o no patrimonial del derecho lesionado no implica que sea de igual naturaleza el daño que se produzca, y así, la lesión de un derecho no patrimonial puede llevar consigo el que se produzcan daños patrimoniales... Del mismo modo la lesión de un derecho patrimonial puede dar lugar (según algunos autores, que consideran daño moral la lesión del interés de afección) a que se realicen daños morales, como es, por ejemplo, el caso de destrucción de la carta o de la trenza de pelo conservadas como recuerdo de un familiar querido, etc. Esta misma observación puede hacerse a aquellas definiciones que tipifican el daño moral como “el perjuicio que afecta a los bienes inmateriales de la persona” (salud, libertad, honor, etc.), pues el perjuicio que afecta a dichos bienes puede ser tanto patrimonial como moral»⁴³⁰. Las anteriores afirmaciones nos servirían de apoyo para comprender, por lo menos implícitamente, que este autor sostiene una concepción del daño, donde el criterio delimitador se encuentra en el daño-consecuencia en vez de en el daño-efecto. No obstante, posteriormente, sostiene que «el concepto de daños morales no debe reducirse solamente a los dolores o sufrimientos injustamente ocasionados, sino que en él ha de incluirse todo perjuicio no pecuniario producido por la lesión de un bien de la persona (salud, libertad, honestidad, honor, etc.) o de sus sentimientos y afectos más importantes y elevados»⁴³¹. Al principio de su concepto está tomando en consideración, consecuencias o efectos del daño, así dolor, sufrimiento o todo perjuicio no pecuniario, pero los ancla respecto a los bienes de la persona; en definitiva, está tomando como criterio distintivo la naturaleza del daño, es decir, los bienes o derechos de la personalidad, por lo que se justifica aquí su incardinación.

Por su parte, GARCÍA LÓPEZ afirma que «puede definirse el daño moral - atendiendo a la naturaleza de su objeto y a la consideración del daño como efecto o consecuencia perniciosa- como *el resultado perjudicial que tiene por objeto la lesión o menoscabo de alguno de los bienes o derechos*

⁴³⁰ ÁLVAREZ VIGARAY, R., «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 82 y 83.

⁴³¹ ÁLVAREZ VIGARAY, R., «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 85.

*correspondientes al ámbito estrictamente personal de la esfera jurídica del sujeto de derecho, que se resarcen por vía satisfactoria bajo el criterio equitativo del juez»*⁴³². En primer lugar, habla de la naturaleza del objeto, afirmación distintiva de la concepción objetiva, pero, posteriormente, lo combina con el efecto o consecuencias perjudiciales, y, finalmente, insiste en el *«resultado perjudicial que tiene por objeto la lesión o menoscabo de alguno de los bienes o derechos correspondientes al ámbito estrictamente personal de la esfera jurídica del sujeto de derecho»*, lo que podría parecer que tiene en cuenta el objeto, pero no el que directamente sufre la lesión, sino aquél en el que ésta se proyecta. En última instancia, las dudas que esta interpretación suscita quedan despejadas por el propio autor al «insistir en que la naturaleza del daño depende única y exclusivamente de la naturaleza del bien afectado, ya resulte afectado de forma directa o indirecta, ya lo sea con exclusividad o junto con el menoscabo de otros bienes de distinta naturaleza. Desde este punto de vista, carece de fundamento hablar de daño moral puro y de daño moral con consecuencias patrimoniales. Si hay un bien no patrimonial afectado, habrá un daño moral; clara y simplemente. La existencia de consecuencias dañosas de carácter patrimonial únicamente determinará la presencia de daños patrimoniales que coexistirán junto con el perjuicio moral en el conjunto global del daño, pero no afectará a la distinta naturaleza de los concretos resultados dañosos»⁴³³.

c) La concepción subjetiva-consecuencialista del daño moral

Frente a la anterior concepción objetiva-típica del daño moral, sostenida, como se ha analizado, por la doctrina y la jurisprudencia tradicional, se presenta, con un amplio apoyo de la doctrina más moderna y de la jurisprudencia mayoritaria a partir de los años 80, la concepción del daño moral como engullidora de todas aquellas consecuencias patológicas no

⁴³² GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil...*, op. cit., p. 80.

⁴³³ GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil...*, op. cit., p. 80.

patrimoniales que deriven del incumplimiento del derecho crédito con independencia del bien jurídico lesionado. Concepción del daño a la que, como ya se ha dicho, CARRASCO PERERA denomina «subjetiva-consecuencialista»⁴³⁴ y a la que MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU se refieren como «daño-consecuencia»⁴³⁵.

Por lo que respecta a la jurisprudencia, la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1983⁴³⁶, recaída como consecuencia del derrumbamiento de una casa, y donde fueron demandados el promotor, el arquitecto y los aparejadores, en su considerando tercero identifica el daño moral con las consecuencias que en la esfera personal de los afectados ha tenido «la intespectiva y dramática alteración de la pacífica normalidad de la vida hogareña que los demandantes sufrieron». En su considerando quinto, además de ofrecer un criterio aperturista del daño moral, no circunscrito a la fama y el honor de las personas, continúa desarrollando el daño moral como consecuencias o afecciones que padecen los demandados sosteniendo que «amén de que, estos motivos cuestionan también la procedencia misma de la reparación del daño moral (fuera del que afecte a la fama o el honor de la persona) y de los perjuicios olvidando que la indemnización por daños morales es doctrina corriente de esta Sala y, a nivel legal, la seciente a las intromisiones ilegítimas en los derechos no sólo al honor, sino a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, son objeto de la novísima Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo y se halla en sede de los puntos 3 a 5 de su art. 9.º, pero a este nivel de derecho positivo es más la práctica diaria de los tribunales del orden penal de esta jurisdicción ordinaria (y también de los civiles, cuando conocen de las acciones civiles «ex delicto») la que ofrece innumerables ejemplos de indemnizaciones por daños puramente morales a que, desde su redacción de 1944, da lugar la constante aplicación a los más diversos de esa clase del art. 104 del C.P. que previene el resarcimiento no

⁴³⁴ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de...*, *op. cit.*, p. 1231.

⁴³⁵ MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., «Comentario a la STS de 31...», *op. cit.*, p. 253.

⁴³⁶ STS de 31 de mayo de 1983, ponente D. Cecilio Serena Velloso (RJ 1983, 2956).

sólo de los daños materiales sino también el de los morales, para la cual y por la remisión al 103, se atenderá a la afección del agraviado; aspecto absolutamente prevalente cuando la reparación se refiere a la pérdida de la vida y en buena parte presente cuando de reparar menoscabos corporales y aun impedimentos transitorios se trata («pretium doloris») y no sólo los personales o propios del agraviado sino también los irrogados a su familia o a un tercero; de suerte, en definitiva, que no es en manera alguna cierto que no quepa reparar otros daños que los materiales y los morales a la fama o al honor, siquiera los morales hayan de serlo siguiendo otras pautas que las de la estricta equivalencia pecuniaria».

Con mayor explicitud y concreción se muestra la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1984⁴³⁷, también relativa al derrumbe de una vivienda, pero en este supuesto no provocado por defectos constructivos, sino como consecuencia de las excavaciones realizadas en finca colindante. La parte recurrente expone como uno de los motivos, concretamente el 4.º, para la casación, que la sentencia de la Audiencia incurre en «violación negativa de la doctrina legal contenida en las sentencias que cita, por apreciar la existencia del daño moral sin concurrir los presupuestos y límites establecidos por este Tribunal, motivo éste que centra su atención en las indemnizaciones concedidas a dos de los actores, de 80.000 pesetas a cada uno, por el daño moral que para los mismos supuso la pérdida de la vivienda en que moraban, tesis, la del recurrente, que se asienta sobre la para él violación de la doctrina de esta Sala que únicamente admite la indemnización de tales daños cuando los mismos afecten a ataques contra la fama, honor, etc, de las personas». El Tribunal Supremo, en su considerando séptimo, rechaza tal argumentación afirmando que «no pueden triunfar, al no ser de aceptable la construcción que del «daño moral» y de sus indemnizaciones hace el recurrente, dado que: I) Aunque dicha figura no se encuentre específicamente nominada en el Código Civil, tiene adecuado encaje en la exégesis de ese amplísimo «reparar el daño causado» que emplea en su artículo 1902, como tiene declarado esta Sala a

⁴³⁷ STS de 25 de junio de 1984, ponente D. Mariano Martín-Granizo Fernández (RJ 1984, 1145).

partir de la sentencia de 6 de diciembre de 1912; II) La construcción del referido daño como sinónimo de ataque o lesión directos a bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad, peca hoy de anticuada y ha sido superada tanto por la doctrina de los autores como de esta Sala; III) Así, actualmente, predomina la idea del «daño moral» representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, honestidad, muerte de persona propietario, etc.); IV) De ahí que, ante, frente o junto a la obligación de resarcir que surge de los daños patrimoniales, traducido en el resarcimiento económico o dinerario del «lucro censans» y/o del «damnum emergens», la doctrina jurisprudencial haya arbitrado y dado carta de naturaleza en nuestro derecho a la reparación del daño o sufrimiento moral, que si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado»⁴³⁸.

En mérito de esta sentencia debe reconocerse que extracta en pocas líneas y de forma precisa la posición de la jurisprudencia moderna sobre cuestiones fundamentales del daño moral, que, si bien surgen en el campo extracontractual, son plenamente aplicables al daño moral contractual, salvo la cuestión del encaje legal en el artículo 1902, ya que, como se estudiará en un epígrafe posterior, es prácticamente unánime la doctrina que encuentra la cobertura legal del daño moral contractual en los artículos 1101, 1106 y 1107 de nuestro Código Civil.

¿Cuáles son las cuestiones fundamentales del daño moral que resuelve la sentencia? Primera, el abandono de la concepción estricta del daño moral

⁴³⁸ En el mismo sentido, entre otras, las SSTs: de 19 de octubre de 1996, ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1996, 7508); de 18 de noviembre de 2002, ponente D. José Almagro Nosete (RJ 2002, 10261); de 25 de noviembre de 2002, ponente D. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 2003, 10274); de 14 de julio de 2006, ponente D. Clemente Auger Liñán (RJ 2006, 4965)

que lo identificaba con la violación de una serie delimitada de bienes, es decir, con los derechos de la personalidad. Segunda, la superación de la concepción objetiva-típica del daño moral. Ello, como afirman MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU, «implica en el fondo variar el enfoque y desplazar el centro de atención del bien o interés lesionado (daño-evento) a las consecuencias dañosas de toda lesión (daño consecuencia)»⁴³⁹. Tercera, la aceptación de una concepción consecuencialista del daño. Cuarta, derivado de la anterior, la ruptura de los binomios daño en un bien patrimonial-daño patrimonial y en un bien no patrimonial-daño no patrimonial, pudiendo ocasionarse como consecuencia de la lesión de un bien patrimonial tanto daños patrimoniales como no patrimoniales, y de la de un bien no patrimonial tanto daños no patrimoniales como patrimoniales. Por lo que la naturaleza patrimonial o no patrimonial del bien perjudicado no tiñe de la misma naturaleza a los daños producidos⁴⁴⁰. Quinta, consecuencia de la anterior, el rechazo de los denominados daños morales impropios o daños patrimoniales indirectos⁴⁴¹. Sexta, la amplitud del contenido que se le atribuye al daño moral, acaparando todas las consecuencias perjudiciales, ya vengan representadas por dolores, sufrimientos y padecimientos que lesionen la esfera personal, con independencia del bien que haya resultado lesionado. Séptima, la conjugación de la función de la indemnización de daños y perjuicios, resarcitoria o reparadora respecto de los daños patrimoniales, en una doble dimensión de

⁴³⁹ MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., «Comentario a la STS de 31...», *op. cit.*, pp. 252 y 253.

⁴⁴⁰ Lo que ha sido ratificado, entre otras, por la STS de 19 de octubre de 1996, ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1996, 7508), al establecer en su fundamento de derecho cuarto que «la acción reparadora del art. 1902 comprende el daño moral, referido hoy día no sólo al ataque a los derechos de la personalidad y sí al sufrimiento psíquico que pueda originar la pérdida de bienes materiales».

⁴⁴¹ STS de 25 de noviembre de 2002, ponente D. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 2003, 10274), en su fundamento de derecho tercero expone que «carece de toda consistencia...tal obligación de reparar que se quiere cobijar al parecer bajo el concepto de «daños morales impropios», pues no hay más daño moral que el que resulte para el estado personal de la víctima la intromisión ilícita en sus derechos de la personalidad. Si esta intromisión tiene repercusiones en su patrimonio, las disminuciones que sufra son daños patrimoniales y como tal han de ser tratados. La moderna doctrina jurídica abandonó hace tiempo la distinción entre daños con repercusión sólo en la persona física o psíquica de la víctima, y con repercusión también en su patrimonio».

daño emergente y lucro cesante; y compensatoria o superadora por lo que al daño moral se refiere.

En idénticos términos que la sentencia anterior, la del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2004 mantiene -recogiendo otras anteriores- una construcción consecuencialista del daño moral, en la reclamación del daño moral planteado por unos padres ante el fallecimiento de sus hijos en un accidente de trabajo⁴⁴².

Por lo que respecta a la doctrina de los autores, ya BORRELL MACIÁ puso de manifiesto la que posteriormente se ha consolidado como concepción consecuencialista del daño moral, sosteniendo que «por daño moral podemos entender el que no afecta al patrimonio de una persona determinada, el que no queda completamente compensado entregando una cantidad más o menos elevada de dinero. De aquí que no puedan considerarse exclusivamente morales aquellos daños que repercuten al patrimonio del perjudicado»⁴⁴³, lo que concreta con un ejemplo muy ilustrativo, afirmando que «si a consecuencia de una herida, por ejemplo, estoy dos días sin trabajar, dejando en ellos de percibir mi jornal de quince pesetas, y he invertido, además, cien pesetas en gastos de curación, la herida sufrida afectará a mi patrimonio en 130 pesetas,

⁴⁴² STS de 2 de abril de 2004, ponente D. Clemente Auger Liñán (RJ 2004, 2607). reproduciendo en su considerando cuarto la construcción del daño moral «como sinónimo de ataque o lesión directos a bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad, peca hoy de anticuada y ha sido superada tanto por la doctrina de los autores como de esta Sala. Así, actualmente, predomina la idea del daño moral, representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, honestidad, muerte de persona allegada, destrucción de objetos muy estimados por su propietario, etc.). De ahí que, ante, frente o junto a la obligación de resarcir que surge de los daños patrimoniales, traducido en el resarcimiento económico o dinerario del «lucro censans» y/o del «damnum. emergens», la doctrina jurisprudencial haya arbitrado y dado carta de naturaleza en nuestro derecho a la reparación del daño o sufrimiento moral, que si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado».

⁴⁴³ BORRELL MACIÁ, A., *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*, Barcelona, 1942, p. 157.

que constituirán el daño patrimonial; pero además, me habrá producido unas incomodidades, un dolor físico... y ello constituye el daño moral»⁴⁴⁴.

En la moderna doctrina española, caracteriza el daño moral por la naturaleza de las consecuencias de la lesión, CARRASCO PERERA quien, al definir el daño moral, afirma que «hace referencia a una partida de daño susceptible de afectar a cualquier interés jurídico del acreedor, desde la propiedad hasta la salud mental; precisamente el daño que no tiene consecuencias patrimoniales»⁴⁴⁵. Está adoptando una concepción consecuencialista del mismo, lo que ratifica posteriormente criticando la concepción que incide en la naturaleza del bien afectado, poniendo de manifiesto «cómo el Tribunal Supremo puede balancear entre la concepción objetiva-típica del daño moral y la consideración del mismo como una partida autónoma del daño a cualquier interés protegible (arrendamiento, vacaciones). Yo creo, en efecto, que esta segunda concepción es la correcta: considerar el daño patrimonial como la cifra de la *utilitas inestimable* en cualquier suerte de suceso productor de daños»⁴⁴⁶. No obstante lo anterior, no es ajeno el autor a que dicha concepción plantea «el inconveniente de que deberá suministrar alguna forma para discriminar entre las múltiples consecuencias patológicas que un incumplimiento contractual puede causar en el ánimo del acreedor, pues todo el mundo está de acuerdo en que sólo algunas de estas afecciones son indemnizables»⁴⁴⁷. En similares términos, MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU afirman que el «daño moral se identifica con aquella partida de los daños, de naturaleza no patrimonial, que resulta de la lesión de cualquier interés jurídico, incluso cuando el interés primariamente lesionado tiene naturaleza patrimonial. El daño moral así considerado se refiere a las consecuencias no patrimoniales de un determinado evento dañoso, con independencia de la naturaleza,

⁴⁴⁴ BORRELL MACIÀ, A., *Responsabilidades derivadas...*, *op. cit.*, p. 157.

⁴⁴⁵ CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 699.

⁴⁴⁶ CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 701.

⁴⁴⁷ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de...*, *op. cit.*, p. 1231.

patrimonial o no patrimonial, del bien, derecho o interés de cuya infracción es consecuencia aquel perjuicio no económico»⁴⁴⁸. En la misma posición se alinea PARRA LUCÁN al describir los daños morales como aquellos «que no tengan consecuencias patrimoniales, sin excluir posibles daños de afección, sentimientos de frustración, o de angustia, o que afectan a la tranquilidad de ánimo, producidos por el incumplimiento, aunque no afecten a alguno de los considerados como bienes de la personalidad y aunque resulten de perjuicios inmediatos a bienes patrimoniales»⁴⁴⁹.

Como se observa, la calificación del daño como moral, o no patrimonial, no dependerá de la naturaleza no patrimonial del bien afectado, sino de las consecuencias no patrimoniales que el incumplimiento produce en la persona que lo sufre. De tal concepción del daño derivan dos consecuencias que ya han sido expuestas: de una parte, la posibilidad de que de la lesión de un bien, sea de la naturaleza que sea, se puedan derivar tanto consecuencias patrimoniales como no patrimoniales. Y de otra, el abandono de los denominados daños morales impropios o daños patrimoniales indirectos.

Por último, debe indicarse cómo a la calificación del daño en virtud de las consecuencias o repercusiones que tiene sobre el patrimonio no han sido ajenos autores pertenecientes a otros sistema jurídicos. Así en Italia, BONVICINI, que, si bien establece una distinción entre daños morales y daños no patrimoniales, afirma «il *danno morale* rappresenterebbe la *turbatio animi*, cioè una condizione transitoria di sofferenza somatica o psichica non accompagnata da alterazione di funzionalità organica; mentre il *danno non patrimoniale* terrebbe conto anche della compromissione dell'integrità fisica non avente però ripercussioni patrimoniali sul soggetto. Il danno morale sarebbe, secondo il suddetto studioso, una parte di una più vasta categoria di «danno

⁴⁴⁸ MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., «Comentario a la STS de 31...», *op. cit.*, p. 252.

⁴⁴⁹ PARRA LUCÁN, M^a. A., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 15...», *op. cit.*, p. 586.

extrapatrimoniale».⁴⁵⁰ La misma concepción del daño parece latir en el pensamiento de ROTONDI, quien, al abordar la cuestión de los daños no patrimoniales, afirma que «deben excluirse del campo de nuestro estudio actual aquellos que en otra ocasión llamamos repercusiones patrimoniales de los derechos personalísimos, los cuales pertenecen completamente a la categoría de los daños patrimoniales. Porque si una lesión de esta clase determina también consecuencias patrimoniales (daños patrimoniales indirectos), ya sabemos que estas consecuencias constituyen daños patrimoniales sobre cuya resarcibilidad no puede haber duda»⁴⁵¹. No obstante emplear la denominación, que hemos desechado, de daños patrimoniales indirectos en relación a las consecuencias no patrimoniales derivadas de la lesión de derechos de la personalidad, parece tomar como referencia para la determinación de la naturaleza del daño, los efectos, las consecuencias que producen en el patrimonio, económico o personal, del sujeto que sufre el incumplimiento. Por su parte, BIANCA también se desvincula de la naturaleza del bien lesionado, en orden a la distinción entre daños patrimoniales y no patrimoniales, señalando que «in termini generali nel campo dell'illecito la nozione di danno può essere ravvisata nella lesione di un interesse che il soggetto subisce in conseguenza dell'altrui fatto ingiusto o di altro fatto che costituisca titolo di responsabilità. Un'ulteriore analisi consente di specificare tre distinte nozioni di danno. Precisamente, il danno può essere inteso come *evento lesivo*, cioè come risultato materiale o giuridico lesivo di un interesse giuridicamente rilevante. Può ancora distinguersi un significato di danno quale *effetto economico negativo*, cioè quale complessiva sofferenza economica che l'evento lesivo esprime nella sfera patrimoniale del danneggiato. Qui il patrimonio non deve assumersi come complesso di beni identificato da un rapporto di appartenenza»⁴⁵².

⁴⁵⁰ BONVICINI, E., *Il danno a persona, il danno risarcibile e il suo accertamento*, Giuffrè Editore, Milano, 1958, p. 117.

⁴⁵¹ ROTONDI, M., *Instituciones de Derecho Privado*, prólogo, traducción y concordancias al Derecho español por Francisco F. Villavicencio, editorial Labor, Barcelona, 1953, p. 368.

⁴⁵² BIANCA, C.M., *Dell'inadempimento...*, op. cit., pp. 246 y 247.

4.5.6. Conclusiones sobre la concepción del daño no patrimonial: la naturaleza del interés lesionado

Por nuestra parte, nos inclinamos en favor de la anteriormente descrita concepción del daño subjetiva-consecuencialista o daño-consecuencial, por lo que calificamos un daño como patrimonial o no patrimonial tomando como referencia la naturaleza del interés lesionado⁴⁵³, es decir, las consecuencias que el incumplimiento tiene en la esfera patrimonial o personal de quien lo sufre. De tal manera que serán daños patrimoniales los detrimentos o menoscabos que afectan a intereses patrimoniales del perjudicado, que incidan sobre su esfera patrimonial, y por el contrario, los daños no patrimoniales los que afectan a los intereses no patrimoniales, lesionando la esfera personal del perjudicado.

Para justificar nuestra postura debemos partir, siguiendo a ENNECCERUS y LEHMAN, de la concepción del derecho de crédito comúnmente aceptada como áquel «que compete a una persona, el acreedor, contra otra persona determinada, el deudor, para *la satisfacción de un interés digno de protección* que tiene el primero»⁴⁵⁴. Por ello, como ya hemos afirmado, resulta necesario conectar el menoscabo o detrimento con el carácter patrimonial o no del interés lesionado. Cuando se produce el incumplimiento de un contrato, decimos que se ha lesionado el interés del perjudicado, interés que es objeto de tutela por el derecho. Cuando hacemos referencia al interés de un contratante, nos estamos situando en la esfera de la satisfacción que una persona espera obtener, satisfacción que se obtiene respecto de algo, y ese algo puede ser un bien

⁴⁵³ En este sentido afirma NAVEIRA ZARRA, M.M., que «la lesión a cualquiera de los intereses que se integran en la esfera jurídica personal o extrapatrimonial de los individuos será constitutiva de un daño o perjuicio de naturaleza extrapatrimonial», *El resarcimiento del daño...*, op. cit., p. 104.

⁴⁵⁴ ENNECCERUS, L., LEHMAN, H., *Tratado de Derecho civil*, Tomo II, volumen I, traducido por Pérez González y Alguer, Barcelona, 1933, p.1.

material o inmaterial, pero el bien es un mero instrumento para obtener satisfacciones, el bien sirve al interés como presupuesto necesario.

Debe aclararse que son tres los elementos que entran en juego en el momento de averiguar si nos encontramos ante un daño patrimonial o no patrimonial. Siguiendo un orden cronológico, serán el bien que directamente sufre la acción incumplidora del deudor, el interés que ese bien lesionado satisface, y por el último, el bien sobre el que se proyecta el interés lesionado. Por ello, puede afirmarse que existen dos bienes conectados por el interés: un bien, que es el que a *priori* padece el incumplimiento, la satisfacción del interés que se persigue obtener con la celebración del contrato, y el bien sobre el que se proyecta o refleja la insatisfacción del daño derivado del incumplimiento y que requiere un análisis a *posterius* del incumplimiento.

Para mayor claridad, pongamos un ejemplo: un deportista de élite que sufre una lesión de rodilla celebra un contrato con un prestigioso traumatólogo para la realización de una intervención quirúrgica. Como consecuencia de una mala *praxis* del médico, lo que en principio era una intervención sencilla, se complica y finalmente le impide seguir compitiendo. La acción incumplidora del médico repercute en un bien personal del deportista -primer elemento-, su pierna, y con ella se produce una insatisfacción del interés del deportista -segundo elemento-, interés que se proyecta en una doble dirección, afectando a dos bienes del acreedor -tercer elemento-. Por una parte, el patrimonial, puesto que, al no poder realizar profesionalmente su disciplina deportiva, no podrá obtener ingresos derivados de tal interés, al no poder seguir firmando contratos relativos a su profesión. Por otra parte, el no patrimonial, ya que la pérdida de la pierna le repercute en su salud, no sólo física, sino también en los problemas psicológicos que padece a consecuencia de tal pérdida. Lógicamente, la naturaleza del interés lesionado siempre coincidirá con la del bien sobre el que dicho interés se proyecta.

Por ello, ante un menoscabo o perjuicio que produce un daño en la parte perjudicada, tenemos que calificar el tipo de interés. En función de que el interés que sufre el perjuicio sea material o inmaterial, estaremos en presencia

de un daño patrimonial o no. Debe quedar claro que lo que otorga carta de naturaleza al daño patrimonial o no patrimonial no es el objeto sobre el que recae el interés, sino el interés mismo y su proyección en nuestra esfera patrimonial o personal. Por lo tanto, estaremos en presencia de un daño patrimonial cuando se haya perjudicado un interés de tal tipo y, por el contrario, ante un daño no patrimonial, cuando el interés vulnerado sea inmaterial, y ello con independencia de cuál sea el objeto que produce la satisfacción del interés.

Como se ha afirmado, siguiendo a DE CUPIS, el objeto del daño es el interés vulnerado, y éste, pudiendo ser tanto patrimonial como no patrimonial, obliga a delimitar a qué nos estamos refiriendo con el adjetivo patrimonial, qué notas o características cualifican la patrimonialidad del interés. Describe DE CUPIS la patrimonialidad como «una necesidad económica, por lo que patrimonial es, precisando más, cualquier bien exterior respecto al sujeto, que sea capaz de clasificarse en el orden de la riqueza material -y por esto mismo valorable, por su naturaleza y tradicionalmente, en dinero-, idóneo para satisfacer una necesidad económica»⁴⁵⁵. De la anterior descripción se extraen los presupuestos o caracteres que lo configuran, a saber: exterioridad en relación al sujeto que lo padece, valorable en dinero y susceptible de satisfacer una necesidad económica. Si, como ya se ha afirmado, el bien sirve de presupuesto al interés, el patrimonial «consiste en la utilidad que a un determinado individuo puede suministrar un bien patrimonial, es decir, en el beneficio patrimonial considerado en relación a un sujeto. Y daño patrimonial es el daño que tiene por objeto tal interés»⁴⁵⁶. Por el contrario, se configuran como bienes extrapatrimoniales aquellos que adolezcan de ser valorables en dinero y no sean susceptibles de satisfacer una necesidad económica, con independencia de que sean bien exteriores o interiores a una persona. Al respecto indica NAVERRA ZARRA, siguiendo los postulados de DE CUPIS, que «serán bienes extrapatrimoniales aquellos otros que carezcan de las notas apuntadas, es decir, los que no sean susceptibles de valorabilidad pecuniaria y que no respondan a una necesidad económica. No es preciso, en cambio, que

⁴⁵⁵ DE CUPIS, A., *El Daño. Teoría...*, op. cit., p. 121.

⁴⁵⁶ DE CUPIS, A., *El Daño. Teoría...*, op. cit., p. 122.

se trate de bienes interiores o inherentes al sujeto, ya que, al contrario, existen bienes exteriores a la persona que sirven a la satisfacción de intereses extrapatrimoniales (v. gr., la obra de ingenio, el animal de compañía por el que se siente cariño, etc.). El interés extrapatrimonial estará constituido así por la utilidad no económica (física, espiritual, intelectual, emocional...) que un bien puede reportar a una persona, de lo cual se desprende que la lesión inferida a este tipo de intereses integrará la categoría de los daños extrapatrimoniales»⁴⁵⁷.

Una vez definido el concepto de daño patrimonial y no patrimonial, debemos afirmar que, al no estar vinculados los mismos necesariamente con un perjuicio en un bien patrimonial o no patrimonial, sino en la naturaleza que el interés representa para la parte que lo sufre y su reflejo en su patrimonio, de un incumplimiento que cause un detrimento en un bien patrimonial, pueden derivar a la vez un daño patrimonial y no patrimonial⁴⁵⁸.

Debe indicarse que la noción del interés, si bien en algunos casos sin hacer hincapié en el papel protagonista que aquí le hemos otorgado, se encuentra en un amplio sector de la doctrina; así CRISTÓBAL MONTES, refiriéndose al daño moral, sostiene que «en cualquier relación obligatoria puede coexistir un interés del acreedor cuyo contenido sea o no patrimonial»⁴⁵⁹. GARCÍA SERRANO mantiene que «delimitado el daño en sentido jurídico dentro de una esfera más amplia del daño en sentido vulgar, aparece claro que aquella noción no puede quedar reducida, en modo alguno, al menoscabo de intereses económicamente valorables»⁴⁶⁰. Por su parte, RODRÍGUEZ GUITÁN también alude al interés cuando expone que «cabe argumentar que el adquirente que compra una vivienda tiene un interés no

⁴⁵⁷ NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, op. cit., p. 81.

⁴⁵⁸ DE CUPIS, A., *El Daño. Teoría...*, op. cit., pp. 124 y 125.

⁴⁵⁹ CRISTÓBAL MONTES, A., «El daño moral...», op. cit., p. 8.

⁴⁶⁰ GARCÍA SERRANO, F. DE A., «El daño moral...», op. cit., p. 799, también hace referencia al interés en la p. 800,

patrimonial consistente en la satisfacción moral o en el disfrute psicológico que le supone disponer de una vivienda en las condiciones pactadas, condiciones que van desde la entrega en la fecha programada hasta la entrega del inmueble con las condiciones de seguridad, habitabilidad y calidad acordadas»⁴⁶¹. En la doctrina extranjera le conceden un papel protagonista al interés, entre otros, los hermanos MAZEAUD, al afirmar que «exigir un daño no significa exigir una pérdida pecuniaria. El hombre no sólo sufre cuando es lesionado en sus intereses materiales; un atentado contra sus intereses morales le puede resultar todavía más sensible. Eso quiere decir que la víctima de un *perjuicio moral* tiene el derecho de pedir reparación, igual que la víctima de un *perjuicio material*»⁴⁶². También, BIANCA define el daño no patrimonial como «la lesione di interessi non economici, ossia la lesione di interessi che alla stregua della coscienza sociale sono insuscettibili di valutazione economica»⁴⁶³; en la misma línea PESSOA JORGE afirma que «os prejuízos não patrimoniais ou morais são os que se verificam em relação a interesses insusceptíveis de avaliação pecuniária»⁴⁶⁴.

No obstante, no podemos ser ajenos a que en nuestra doctrina existen autores que niegan tal relevancia al interés. Entre los que con mayor rigor han estudiado esta cuestión debe destacarse a MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU, quienes han afirmado que «la doctrina más moderna y la jurisprudencia mayoritaria han caracterizado el daño moral, no desde el punto de vista del interés lesionado, sino de las consecuencias de la lesión. De este modo, daño moral se identifica con aquella partida de los daños, de naturaleza no patrimonial, que resulta de la lesión de cualquier interés jurídico, incluso cuando el interés primariamente lesionado tiene naturaleza patrimonial. El daño moral así considerado se refiere a las consecuencias no patrimoniales de un

⁴⁶¹ Como afirma RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, p. 966.

⁴⁶² MAZEAUD, H. L. y J., *Lecciones de Derecho Civil...*, *op. cit.*, p. 60.

⁴⁶³ BIANCA, C.M., *Diritto Civile...*, *op. cit.*, p. 166.

⁴⁶⁴ PESSOA JORGE, F., *Ensaio sobre...*, *op. cit.* p. 373.

determinado evento dañoso, con independencia de la naturaleza, patrimonial o no patrimonial, del bien, derecho o interés de cuya infracción es consecuencia aquel perjuicio no económico»⁴⁶⁵.

Si bien nosotros hemos caracterizado al daño no patrimonial por la naturaleza del interés lesionado, por lo que en este punto no compartimos las afirmaciones de MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU, puede que por sendas diferentes estemos llegando a una misma solución. Tal vez el centro de la diferencia se encuentre en la concepción que deba atribuirse al interés. Si tomamos como punto de partida lo que compartimos, es decir, que las consecuencias de la lesión son las que otorgan carta de naturaleza al daño como patrimonial o no patrimonial, y la consecuencia es la insatisfacción, y la misma no es más que la lesión del interés de la parte contratante: ¿Serán lo mismo las consecuencias derivadas del incumplimiento que genera daños que el interés lesionado? Creo que la respuesta afirmativa debe ser la correcta. Lo que en modo alguno puede caracterizar al daño es el bien que *a priori* lo sufre.

En consonancia con la naturaleza del interés lesionado aquí sostenida, puede citarse, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2005⁴⁶⁶, que resuelve la controversia planteada como consecuencia de que una entidad de crédito incumplió el contrato de cambio de moneda entregando dólares falsos, y se condenó a la misma a indemnizar a los demandantes los perjuicios ocasionados por los billetes falsos, en la cantidad de 78.131 euros en concepto de daños morales. Se pronuncia el Supremo en su fundamento de derecho quinto, afirmando que «en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1101 del Código civil la entidad demandada debe indemnizar a los demandantes los daños sufridos y éstos no son otros que los daños morales, que afectan a intereses espirituales del ser humano, evidentes en el caso presente que fueron atentados al sagrado derecho a la libertad personal,

⁴⁶⁵ MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., «Comentario a la STS de 31...», *op. cit.*, pp. 251 y 252.

⁴⁶⁶ STS de 17 de febrero de 2005, ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2005, 92).

prescindiendo del tiempo que durara, al inalienable derecho a la dignidad, por las afrentas y vejámenes sufridos y al derecho a la seguridad jurídica, al verse inmersos en situaciones violentas en un país con escasa tradición democrática, lengua desconocida y garantías ignoradas». Los razonamientos del Tribunal Supremo contrastan poderosamente con el pronunciamiento recurrido de la Audiencia Provincial de Santander, lo que pone de manifiesto no sólo las dificultades que conlleva la valoración económica del daño moral, sino también una muestra de la disparidad de criterios de nuestros tribunales en lo referente a este tipo de daños, que condena a la parte demandada al pago de 30.000 pesetas a cada uno de los demandantes, calificando sorpresivamente las «graves alteraciones y escándalos... su detención por la policía y retirada del pasaporte» como que «el incidente no pasó de una mera molestia por lo vejatorio de la situación».

4.5.7. La superación de la expresión daño moral por la de daño no patrimonial

A lo largo de este trabajo hemos ido diferenciando entre las nociones de daño patrimonial y daño no patrimonial, si bien en el análisis del daño no patrimonial en el Derecho español se ha empleado prioritariamente la expresión daño moral por ser fieles al término empleado por nuestra doctrina y jurisprudencia por influencia de la expresión *dommage moral* acuñada por el Código civil francés⁴⁶⁷. Llegados a este punto, considero necesario detenernos en el análisis de las expresiones daño no patrimonial y daño moral, para clarificar una serie de interrogantes: ¿Son expresiones sinónimas las de daño

⁴⁶⁷ La expresión daño moral ha sido criticada en la doctrina francesa por MAZEAUD, H. L. y J., quienes explican que «se oponen el perjuicio material y el perjuicio moral. Las expresiones no están muy bien elegidas. En efecto, se está tentado de definir el perjuicio material, corporal; y el perjuicio moral, como aquel que afecta a un objeto al mundo inmaterial, incorporeal, de los pensamientos y de los sentimientos. Ahora bien ese no es el sentido exacto de la distinción. Se entiende por *perjuicio material* aquel que se traduce en una pérdida estimable pecuniariamente, el *perjuicio patrimonial* (si se admite que el patrimonio no contiene sino elementos pecuniarios...);... y se entiende por *perjuicio moral* aquel que no se traduce en una pérdida de dinero, porque atenta contra un derecho *extrapatrimonial*», *Lecciones de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 67 y 68.

no patrimonial y daño moral? ¿Constituye el daño moral una partida más dentro de la noción más amplia de daño no patrimonial? ¿Es conforme con la expresión daño moral el contenido que en la actualidad le atribuye la jurisprudencia y la doctrina? ¿Ha llegado el momento de abandonar la expresión daño moral por la de daño no patrimonial o no pecuniario? ¿Qué influencia tiene el actual proceso de modernización del Derecho privado europeo en la configuración del daño no patrimonial?

El problema relativo a la idoneidad de la expresión “daños morales” como acaparadora de todos los daños no patrimoniales, si bien ya ha sido objeto de debate por la doctrina⁴⁶⁸, continúa siendo el empleado en la actualidad.

⁴⁶⁸ Así ÁLVAREZ VIGARAY, R., afirma «que el concepto de daños morales no debe reducirse solamente a los dolores o sufrimientos injustamente ocasionados, sino que en él ha de incluirse todo perjuicio no pecuniario producido por la lesión de un bien de la persona (salud, libertad, honestidad, honor, etc.) o de sus sentimientos y afectos más importantes y elevados. La nota fundamental que caracteriza a estos daños, y permite incluirlos bajo un solo concepto, es su naturaleza no patrimonial, que lleva consigo como consecuencia el que no puedan evaluarse en dinero, por lo que, al no ser posible determinar la cuantía de la indemnización en virtud de una prueba que demuestre la magnitud exacta del daño, ha de ser fijada equitativamente por el juez. Teniendo en cuenta esta nota diferencial, por lo que se refiere a la denominación de estos daños, posiblemente fuera más exacta la denominación: daños no patrimoniales, con la cual los designa el Código Civil italiano de 1942 y gran parte de la doctrina de este país; pero no hay inconveniente en seguir utilizando, la expresión de daño moral, que, además de estar muy extendida, tiene a su favor el ser la que emplea el art. 104 del Código Penal español y numerosas Sentencias del Tribunal Supremo. Con todo, de acuerdo con el contenido que atribuye a la expresión daño moral una parte destacada de la doctrina, tal vez no deban considerarse como sinónimos los términos daño no patrimonial y daño moral, y fuera conveniente excluir de este último concepto los daños que se causen a la víctima en su persona física; si bien debe tenerse en cuenta que, aun cuando en principio estos daños no se consideren daños morales, siempre habrán de incluirse dentro de esta última categoría las repercusiones anímicas y afectivas de los daños a la persona física (dolores, sufrimientos, etc.). En cambio, el concepto de daño moral reducido a los dolores y padecimientos de ánimo, excluyendo de él los perjuicios no patrimoniales producidos por los atentados al honor, honestidad, libertad, etc., de la persona, al que sigue la distinción entre daño moral y daño personal, carece de una base sólida, porque el dolor o sufrimiento generalmente forma parte del daño producido por lesión a los bienes de la persona, siendo una de sus manifestaciones, y por otra parte, no es imprescindible que se ocasione un dolor o sufrimiento para que exista daño moral, como sucede en los daños causados al honor de las personas jurídicas», «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 85 y 86. Con mayor contundencia a favor de la denominación de daños no patrimoniales se ha manifestado GARCÍA SERRANO, F. DE A., indicando que en un «intento de determinar la peculiar posición que la categoría del daño moral ocupa, se plantea, como problema previo, el de investigar si deben considerarse como sinónimas estas dos últimas nociones y, caso contrario, delimitar los ámbitos respectivos. Como dice Rovelli, es postura muy extendida la de quienes equiparan las categorías de daño

Considero que la respuesta a los anteriores interrogantes exige tomar como punto de partida la evolución jurisprudencial experimentada por el daño moral.

moral y daño extrapatrimonial, siendo corriente definir aquél por contraposición al daño patrimonial. Expresamente se pronuncia en tal sentido Forchielli, Gómez Orbaneja y Borrell Macía. Colasso, por su parte, hace una equiparación tácita de ambas nociones por cuanto que, al señalar que los daños no patrimoniales, son aquéllos que se manifiestan en la esfera del sentimiento, otorga a aquella noción, erróneamente a mi juicio, el mismo contenido que a la de daño moral. En términos similares se pronuncia también Barassi. Por su parte, Bonvicini parece incluso dar a la noción de daño moral un sentido más amplio que a la de daño extrapatrimonial, señalando que “daño moral, extrapatrimonial en sentido amplio, es aquél que no produce repercusión sobre el patrimonio material, si no es de modo indirecto”. Sin embargo, no parece posible que pueda hacerse, válidamente, una equiparación de tal clase. La persona humana aparece como una unión indisoluble de cuerpo y alma, y ninguno de tales componentes tiene valor traducible a términos monetarios, estando fuera de toda unidad de medida. El daño a alguno de ellos tiene pues un acusado carácter extrapatrimonial por ser de tal naturaleza dichos bienes, y aparece que en buena lógica el daño moral debe ser considerado distinto del atentado físico, si bien en muchos tipos de daños aparecen estrechamente conexos. Resulta así que construir como sinónimos daño extrapatrimonial y daño moral implicaría tanto como adoptar una de estas dos alternativas: o pensar que la parte incluye al todo, lo que sería absurdo, o negar relevancia jurídica a los supuestos de lesión física, lo que sería inicuo. Si esto es así, con mucha mayor razón habrá que negar la posibilidad de dar a la noción de daño moral un contenido más amplio que a la de daño extrapatrimonial. Parece pues, que la categoría del daño moral debe considerarse como una parcela de los daños extrapatrimoniales. Sólo en un caso ambas tendrán idéntico contenido, y es en el supuesto de daño no patrimonial a persona jurídica, que es siempre constitutivo de daño moral. Ello es lógico porque, carentes de cuerpo como la persona física, un ataque de esta naturaleza hecho a aquéllas habrá de traducirse, necesariamente, en un ataque a cosas, con lo que adquiere carácter patrimonial. Lo que a mi juicio late en el fondo de toda la confusión reinante sobre el tema, se sustancia en un problema de índole lexicográfica y terminológica. La doctrina francesa opuso, como distintas, las categorías del “dommage matériel” y la del “dommage moral”, englobando bajo esta última expresión, según nos dice Lalou aquellos daños que, no recayendo sobre intereses económicamente valorables entran dentro de lo que en nuestro lenguaje es más correcto denominar como daños no patrimoniales. Este modo de hablar parece justificarse en Francia por la mayor elegancia de tales expresiones pero incluso en dicho país ha sido criticado...Sin embargo, los traductores y la doctrina que fuera de Francia se han apropiado de dicha contraposición, lo han hecho en ocasiones de modo tan literal que han desvirtuado el sentido correcto que en dicho país se dio, generalmente, a la aludida distinción. No se ha tenido en cuenta que en múltiples ocasiones expresiones idénticas tienen significados completamente distintos en idiomas diferentes. Ya se dijo que el uso de la expresión “dommage moral”, se justifica en Francia por una mayor elegancia de la misma frente a otras expresiones de contenido similar, pero en nuestro país, y lo mismo puede decirse de Italia, el sentido que se da a ambas expresiones debe ser distinto. Daño moral y daño extrapatrimonial no son sinónimos. Es más, como ya hemos dicho anteriormente, aquella expresión es más estricta que ésta», «El daño moral...», *op. cit.*, pp. 801 a 803. *Vid.*, también GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 79 y NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, nota al pie núm. 64, p. 102.

Siguiendo a GARCÍA SERRANO⁴⁶⁹, se han distinguido tres fases en la evolución jurisprudencial del daño moral: «A) En la primera no se admite la posibilidad de indemnizar pecuniariamente el daño moral. B) En la segunda se indemnizan aquellos supuestos de daño moral en cuanto producen repercusiones de tipo patrimonial. Más que el daño moral, lo que verdaderamente se sanciona es el patrimonial indirectamente causado. C) Finalmente, se admite la indemnización de los daños morales puros, con independencia de las posibles repercusiones patrimoniales que de los mismos deriven. Su admisión se inspira, además en criterios de amplitud»⁴⁷⁰.

Si nos detenemos en la segunda fase, iniciada con la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1912, en la misma se afirma que «la honra, el honor y la fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima, y su menoscabo la pérdida de mayor consideración que puede padecer en una sociedad civilizada incapacitándola para ostentar en él la de carácter de depositaria y custodia de los sagrados fines del hogar doméstico»⁴⁷¹. Se observa cómo el Tribunal, al referirse a la *honra, el honor y la fama*, está tutelando los denominados bienes o derechos de la personalidad. Ello nos lleva a situar los derechos de la personalidad en el germen de protección mediante la indemnización de las lesiones producidas en el ámbito o la esfera personal de quien padece el daño.

La indemnización de los daños ocasionados a los derechos de la personalidad ha continuado siendo la constante en las resoluciones posteriores con un criterio cada vez más aperturista del daño moral. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1917, se afirma la indemnización de los daños morales en el «menoscabo causado en la fama y reputación profesional del demandante»⁴⁷²; en la de 10 de julio de 1928, como

⁴⁶⁹ GARCÍA SERRANO, F. DE A., «El daño moral...», *op. cit.*, pp. 815 y ss.

⁴⁷⁰ GARCÍA SERRANO, F. DE A., «El daño moral...», *op. cit.*, p. 815.

⁴⁷¹ STS de 6 de diciembre de 1912, ponente D. Rafael Bermejo (RJ 1912, 95).

⁴⁷² STS de 14 de diciembre de 1917, ponente D. Mariano Luján (RJ 1917, 205).

consecuencia del automóvil que atropelló a una niña causándole la muerte instantánea, afirma que «la jurisprudencia, es la que mediante las generales normas de interpretación que establece inspirándolas en los dictados de la razón y de la equidad y, sobre todo, en los principios informantes de la ley lleva a efecto esta evolución jurídica, al ritmo siempre de las nuevas necesidades de la vida y de los progresos de la ciencia; por eso, interin no se determinaran o concretaran en la realidad otras relaciones engendradas por los atentados contra el honor y la vida, que las puramente espirituales, no pudiendo surgir otra valoración que la moral que es inaplicable «per se» en el orden económico»⁴⁷³.

Igualmente, debe destacarse la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1930, por cuanto supone una extensión en el reconocimiento del derecho al honor de las personas físicas a las jurídicas, el denominado honor mercantil, sosteniendo que «tan necesario es el crédito y el prestigio para la vida y el desarrollo del comercio como a la de los humanos el honor, y por ende cuando de algún modo ilícito e injusto se atenta por alguien, comerciante o no, ya de palabra, ya por escrito y por la Prensa u otro medio de publicación al crédito o al honor, aparte del delito que tales atentados puedan constituir, es palmario que los Tribunales de Justicia a ello requeridos deben intervenir, y reconocer, y declarar el derecho de los perjudicados, de los injuriados, a ejercitar la acción civil para pedir y exigir la debida reparación y obtener la consiguiente real indemnización proporcionada a los daños»⁴⁷⁴.

También debe citarse la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1959, en la litis establecida entre el inquilino de una vivienda y el

⁴⁷³ STS de 10 de julio de 1928, ponente D. Martín Perillán (RJ 1928, 128). En el mismo sentido la STS de 19 de mayo de 1934 (RJ 1934, 903): «si bien es cierto que el artículo 1.106 establece la forma normativa para regular los daños y perjuicios, cuando éstos tienen una realidad apreciable de modo material y tangible, no lo es menos que hay otros casos, en que esa apreciación material es de todo punto imposible como sucede cuando de la vida o del honor se trata, y en ellos la valoración no puede descansar en el resultado de una prueba objetiva».

⁴⁷⁴ STS de 31 de marzo de 1930 (RJ 1930, 816). En el mismo sentido la STS de 25 de junio de 1945 (RJ 1945, 721).

propietario como consecuencia de un lanzamiento fraudulento de la misma, por cuanto resume la concepción del daño moral en la jurisprudencia. Sostiene que «no existe acto u omisión causante de daño moral para el demandante, quien no ha probado ni su concurrencia, ni su gravedad, ni la causa que lo origina, ni si afecta a la libertad, salud, honradez, etcétera del perjudicado; y habida cuenta que el concepto de daño moral, y tal y como ha sido perfilado por la jurisprudencia, está constituido por los perjuicios que sin afectar a las cosas materiales, susceptibles de ser tasadas, tanto en su totalidad como parcialmente en los diversos menoscabos que puedan experimentar, se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales de la salud, el honor, la libertad y análogos que son los más estimados y por ello más sensibles, más frágiles y más cuidadosamente guardados»⁴⁷⁵.

En las anteriores sentencias se observa cómo paulatinamente la jurisprudencia ha ido ampliando el concepto de daño moral, de sus iniciales referencias a la honra, el honor y la fama de las personas físicas, a la reputación profesional, la vida, el honor mercantil, la libertad, la salud, la honradez, hasta realizar una referencia genérica al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales de la salud, el honor, la libertad y análogos que son los más estimados y por ello más sensibles, más frágiles y más cuidadosamente guardados. Tal amplitud gira en torno a los denominados derechos de la personalidad, lo que llevó a la doctrina a circunscribir el daño moral a la lesión de tales derechos. Así, DíEZ-PICAZO sostiene que el daño moral debe reducirse «al sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona... no todo sufrimiento psicofísico engendra un daño moral indemnizable, sino..., aquél que es consecuencia de lesiones de derechos de la personalidad»⁴⁷⁶. En el mismo sentido CRISTÓBAL MONTES, lo define como «aquel que afecta a un bien de la personalidad o de la vida (libertad, salud, honor, honestidad, paz, tranquilidad de espíritu, integridad física, bienestar

⁴⁷⁵ STS de 28 de febrero de 1959, ponente D. Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu (RJ 1959, 1086). En el mismo sentido la STS de 28 de febrero de 1964, ponente D. Manuel Lojo Tato (RJ 1964, 1224).

⁴⁷⁶ DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de...*, *op. cit.*, pp. 328.

corporal, privacidad, etc.), es decir, el que implica quebranto, privación o vulneración de esa categoría de bienes incorpóreos cuya tutela cobijamos bajo la categoría jurídica de los denominados derechos de la personalidad»⁴⁷⁷. Por su parte, IGARTUA ARREGUI afirma que «en términos generales se entiende por daño moral aquél que se deriva de un ataque a los derechos de la personalidad, o mejor dicho, de la privación de aquellos bienes que son primordiales para el hombre (vida, honor, libertad, etc.)»⁴⁷⁸.

El paso de los años ha generado una inclusión cada vez más amplia por parte de la jurisprudencia de lesiones o perjuicios cobijados bajo la denominación de daños morales, que ya incluso desde sus inicios generaba dudas⁴⁷⁹, que provoca que los contornos sobre los que se construían tales daños hayan quedado desdibujados y superados⁴⁸⁰, lo que exige una reconstrucción de su propio concepto, o incluso, como aquí se sostiene, la superación de la denominación de daños morales por la más amplia y adecuada a lo que realmente se está indemnizando, de daños no patrimoniales o no pecuniarios, lo que sin duda también contribuiría a un mayor acercamiento con las nociones del Derecho privado europeo de *non-pecuniary loss*, en el caso de los PECL y de *non-economic loss*, en el del DCFR.

Anteriormente se ha hecho referencia a tres fases de la evolución jurisprudencial del daño moral, a la que debe añadirse una más y,

⁴⁷⁷ CRISTÓBAL MONTES, A., «El daño...», *op. cit.*, p. 3.

⁴⁷⁸ IGARTUA ARREGUI, F., «Comentario a la Sentencia de 9...», *op. cit.*, p. 1636.

⁴⁷⁹ Como afirma CARRASCO PERERA, A., «la doctrina del resarcimiento del daño moral ha estado mediatizada entre nosotros por -en mi parecer- un insuficiente planteamiento conceptual de la propia institución de que se parte. En efecto, la utilización común de la expresión (francesa) de «daño moral» en lugar de la de «daño no patrimonial» ha oscurecido los perfiles de la cuestión», «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 699.

⁴⁸⁰ Lo que lleva a NIETO ALONSO, A., entre otros autores, a afirmar sobre la indemnización del daño moral, que «iniciada su indemnización en el campo de la culpa extracontractual, se amplió su ámbito al contractual...adoptándose una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del *pretium doloris* y a los ataques a los derechos de la personalidad», «Daños morales derivados...», *op. cit.*, p. 1116.

posiblemente en un futuro no muy lejano, una quinta que ponga coto a la en algunos casos desmesurada o desproporcionada indemnización de los daños no patrimoniales, anclando claramente los límites y, por tanto, las nuevas fronteras sobre las que debe construirse una adecuada indemnización de dichos daños, y así evitar y superar el escándalo del daño moral denunciado por el profesor DÍEZ-PICAZO⁴⁸¹.

La anunciada cuarta fase de la evolución jurisprudencial debe situarse a partir de los años 80, dado que el Tribunal Supremo ha ido cada vez con mayor aceleración ampliando el concepto de daño moral, devorando con el tenedor del daño moral todas aquellas consecuencias patológicas no patrimoniales que deriven del incumplimiento del contrato. Así las ya citadas sentencias de 31 de mayo de 1983, recaída ésta como consecuencia del derrumbamiento de una casa, que identifica el daño moral con todas las consecuencias que en la esfera personal de los afectados ha tenido «la intempestiva y dramática alteración de la pacífica normalidad de la vida hogareña que los demandantes sufrieron»⁴⁸². Dicha sentencia supone el abandono de la concepción estricta del daño moral que lo identificaba con la violación de una serie delimitada de bienes, es decir, con los derechos de la personalidad y la amplitud del contenido que se le atribuye al daño moral, acaparando todas las consecuencias perjudicales, ya vengan representadas por dolores, sufrimientos y padecimientos que lesionen la esfera personal, con independencia del bien que haya resultado lesionado. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1996, sostiene que «la acción reparadora del art. 1902 comprende el daño moral, referido hoy día no sólo al ataque a los derechos de la personalidad y si al sufrimiento psíquico que pueda originar la pérdida de bienes materiales»⁴⁸³. Como una muestra más del criterio aperturista seguido por nuestra jurisprudencia, debe citarse la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2000 que, como consecuencia del retraso de 8 horas de un vuelo, confirma

⁴⁸¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *El escándalo...*, *op. cit.*

⁴⁸² STS de 31 de mayo de 1983, ponente D. Cecilio Serena Velloso (RJ 1983, 2956).

⁴⁸³ STS de 19 de octubre de 1996, ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1996, 7508).

la indemnización de 250.000 pesetas por los daños morales impuesta por la Audiencia Provincial. Sostiene tal resolución que respecto del daño moral se ha ido adoptando «una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del «pretium doloris» y los ataques a los derechos de la personalidad. Ciertamente que todavía las hipótesis más numerosas se manifiestan en relación con las intromisiones en el honor e intimidad (donde tiene reconocimiento legislativo), los ataques al prestigio profesional, propiedad intelectual (igualmente con regulación legal), responsabilidad sanitaria y culpa extracontractual (accidentes con resultado de lesiones, secuelas y muerte), pero ya se acogen varios supuestos en que es apreciable el criterio aperturista (con fundamento en el criterio de indemnidad), ora en el campo de las relaciones de vecindad o abuso de derecho, ora con causa generatriz en el incumplimiento contractual, lo que, sin embargo, no permite pensar en una generalización de la posibilidad indemnizatoria. La situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico. La reciente jurisprudencia se ha referido a diversas situaciones, entre las que cabe citar el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, ansiedad, angustia, la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre, el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente, impacto, quebranto o sufrimiento psíquico. El problema concreto que se plantea en el asunto es si tal doctrina es aplicable a la aflicción producida por un retraso en un transporte aéreo. La parte recurrente, con fundamento en la doctrina de las Sentencias de 23 de julio de 1990 y 25 de junio de 1984, que consideran que el daño moral es el impacto o sufrimiento físico o espiritual producido por agresión directa al acervo espiritual, entiende que no procede estimar la pretensión indemnizatoria. Evidentemente, como sostiene la parte recurrente, no pueden derivarse los daños morales de las situaciones de mera molestia, aburrimiento, enojo o enfado que suelen originarse como consecuencia de un retraso en un vuelo; y, obviamente también, tiene razón cuando indica que pueden darse hipótesis sujetas a indemnización cuando, durante la espera, los viajeros no han sido debidamente atendidos, o no se les facilita la comunicación con los lugares de destino para paliar las consecuencias del retraso. Pero, con ello, no se agotan

todas las posibilidades, pues resulta incuestionable que también deben comprenderse aquellas situaciones en que se produce una aflicción o perturbación de alguna entidad, (sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad influya en la traducción económica), como consecuencia de las horas de tensión, incomodidad y molestia producidas por una demora importante de un vuelo, que carece de justificación alguna».

Justifica el Supremo la indemnización de los daños morales por la concurrencia de tres requisitos: «en primer lugar, el retraso fue totalmente injustificado porque obedeció al mero interés particular de la Compañía aérea. No se debió a una de las muchas circunstancias (meteorológicas, seguridad, atribuibles a un tercero, etc.) que pueden explicar una demora, sino a la propia conveniencia de la TWA, de trasladar a Lisboa (donde había de hacer escala el vuelo Nueva York-Barcelona) un motor para un avión de la misma entidad que estaba averiado en la Capital portuguesa. En segundo lugar, el retraso resultó importante (diez horas según la resolución recurrida). Y en tercer lugar, se dio la situación de afección en la esfera psíquica (como se establece en la Sentencia de la Audiencia), y resulta lógica su generación habida cuenta las circunstancias concurrentes, tanto las que menciona la resolución impugnada, como las que son deducibles de un juicio de notoriedad. Y así, a la tensión, incertidumbre, incomodidad, falta de una explicación razonable de la demora, inquietud por regresar al domicilio después de un viaje de novios, preocupación por la pérdida de un día de trabajo, hay que añadir el haberse producido el hecho en un país extranjero y lejano, la imposibilidad de poder buscar una actuación sustitutiva y la situación de preponderancia, e incluso prepotencia, contractual de la Compañía que, incidiendo en el sinalagma, lo cambia a su comodidad, con desprecio de los intereses de la otra parte, sin sacrificio alguno por la suya»⁴⁸⁴.

Con mayor exhaustividad se han pronunciado otras muchas sentencias del Tribunal Supremo; así la de 22 de febrero de 2001 concibe el daño moral como todas las «categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona»,

⁴⁸⁴ STS de 31 de mayo de 2000, ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2000, 5089).

en la que deben comprenderse toda gama de sufrimientos y dolores físicos y psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito (o hasta haber sido objeto de ataque a su prestigio o reputación artística); así como cualquier frustración, quebranto o ruptura de los sentimientos, lazos o afectos, soledad, orfandad, etc. Igualmente, la sentencia de 14 de julio de 2006⁴⁸⁵, a modo de glosario de otras muchas, contempla las posibles situaciones básicas para que pueda darse un daño moral, citando el impacto o sufrimiento o padecimiento psíquico⁴⁸⁶, la impotencia, zozobra, ansiedad, angustia⁴⁸⁷, sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre⁴⁸⁸, impacto, quebrantamiento o sufrimientos psíquicos⁴⁸⁹. También la sentencia de 11 de noviembre de 2003, reconoce que el daño moral «requiere un padecimiento o sufrimiento psíquico y la más reciente doctrina jurisprudencial se ha referido al impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, angustia, trastorno de ansiedad, impacto emocional, etc.»⁴⁹⁰. La sentencia de 9 de diciembre de 2003, como consecuencia de la expulsión del colegio de un alumno por un supuesto consumo de drogas, afirma que «el daño moral se sustantiviza para referirlo a dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud que afecta a la persona que lo padece. En el caso presente al alumno expulsado por consecuencia de la conducta del colegio, le alcanza situación de descrédito de su imagen ante los compañeros y entorno social, que indudablemente resultó dañada, pues fue desprestigiado de forma evidenciada, máxime si merodeó y se sembró sospecha de consumo de drogas en el recinto colegial, que para nada quedó

⁴⁸⁵ STS de 14 de julio de 2006, ponente D. Clemente Auger Liñán (RJ 2006, 4965).

⁴⁸⁶ SSTs: de 23 de julio de 1990, ponente D. Jaime Santos Briz, (RJ 1990, 6164); de 22 de mayo de 1995, ponente D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, (RJ 1995, 4089); de 24 de septiembre de 1999, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1999, 7272).

⁴⁸⁷ STS de 6 de julio de 1990, ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1990, 5780).

⁴⁸⁸ STS de 22 de mayo de 1995, ponente D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, (RJ 1995, 4089).

⁴⁸⁹ STS de 2 de julio de 1999, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil, (RJ 1999, 4900).

⁴⁹⁰ STS de 11 de noviembre de 2003, ponente D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez (RJ 2003, 8289).

demostrado, ya que también la sospecha cuenta con suficiente carga para ocasionar daño por sí y repercute en el interesado con estados de sufrimiento, intranquilidad y zozobra, que son fáciles de superar»⁴⁹¹.

De las sentencias citadas se observa la evolución jurisprudencial esgrimida, el acentuado carácter consecuencialista que se le otorga al daño moral. En la superación de una concepción del daño circunscrita exclusivamente a los derechos de la personalidad, para ahora incluir todas las consecuencias patológicas no patrimoniales que deriven del incumplimiento, se insiste más que en el objeto que sirve de soporte al daño moral, en las consecuencias que el daño tiene en el patrimonio en sentido *lato* del perjudicado, ya sea en su esfera personal o patrimonial. Ahora, el daño moral se configura como comprensivo de todas aquellas situaciones en que se produce una aflicción o perturbación de alguna entidad. El elenco de consecuencias que el Supremo establece es muy prolija; así establece que son generadoras de daños morales las siguientes: *el impacto o sufrimiento o padecimiento psíquico, la impotencia, zozobra, ansiedad, angustia, sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre, impacto, quebrantamiento o sufrimientos psíquico*.

En consonancia con la jurisprudencia actual sobre el daño moral, lo describen como ya se ha indicado, entre otros, MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU⁴⁹² y PARRA LUCÁN⁴⁹³.

⁴⁹¹ STS de 9 de diciembre de 2003, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 2003, 8643). En el mismo sentido la STS de 15 de junio de 2010, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2010, 5151).

⁴⁹² MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., afirman que el «daño moral se identifica con aquella partida de los daños, de naturaleza no patrimonial, que resulta de la lesión de cualquier interés jurídico, incluso cuando el interés primariamente lesionado tiene naturaleza patrimonial. El daño moral así considerado se refiere a las consecuencias no patrimoniales de un determinado evento dañoso, con independencia de la naturaleza, patrimonial o no patrimonial, del bien, derecho o interés de cuya infracción es consecuencia aquel perjuicio no económico», «Comentario a la STS de 31...», *op. cit.*, p. 252.

⁴⁹³ PARRA LUCÁN, M^a. A., al describir los daños morales como aquellos «que no tengan consecuencias patrimoniales, sin excluir posibles daños de afección, sentimientos de frustración, o de angustia, o que afectan a la tranquilidad de ánimo, producidos por el

No obstante el esfuerzo aperturista realizado por el Tribunal Supremo, debe objetársele que todas las consecuencias descritas, y que engloba bajo la clásica denominación de daños morales, ya no se corresponden en puridad con la expresión tradicional de los mismos, y puesto que presentan la nota común de ser consecuencias no patrimoniales, debería haber abandonado definitivamente dicha denominación por la de daños no patrimoniales o no pecuniarios, para de este modo ser coherentes con lo que se está indemnizando. Por tanto, bajo la expresión daños no patrimoniales quedarían englobadas todas y cada de las lesiones o perjuicios que presentan la nota común de no ser traducibles en una pérdida económica, es decir, el daño corporal, el daño moral en el sentido clásico de *pretium doloris* y cualquier consecuencia perjudicial, ya vengan representadas por dolores, sufrimientos y padecimientos que lesionen la esfera personal, con independencia del bien que haya resultado lesionado.

4.5.8. Delimitación cuantitativa y cualitativa del daño no patrimonial

Que el concepto de daño no pecuniario es más amplio que el de daño moral se pone de manifiesto claramente en los PECL, que, como ya se ha explicado, incluyen expresamente en su artículo 9:501 la indemnización de las pérdidas no pecuniarias. De una lectura conjunta del tenor literal del artículo, de su Comentario y Notas de Derecho Comparado, se extrae una concepción amplia de dichos daños. Bajo la expresión pérdidas no pecuniarias quedan cubiertas, además del daño moral, los daños corporales y todas aquellas consecuencias patológicas no patrimoniales que deriven del incumplimiento del contrato. Resulta clarificador de que las expresiones daño moral y daño no pecuniario no son sinónimas, que en el Comentario se afirme, en relación con las pérdidas reparables, que «no se limitan a las pérdidas pecuniarias, sino que pueden cubrir también, por ejemplo, daños o sufrimientos, molestias o la carga

incumplimiento, aunque no afecten a alguno de los considerados como bienes de la personalidad y aunque resulten de perjuicios inmediatos a bienes patrimoniales», «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 15...», *op. cit.*, p. 586.

psicológica o daños morales». Tal vez, los redactores de los PECL hayan tenido presente el arraigo que en algunos sistemas jurídicos europeos tiene la expresión daños morales y, para evitar cualquier género de duda sobre a qué se refieren con la expresión de daños no pecuniarios, los incluyen expresamente, pero junto a otras manifestaciones o consecuencias generadoras de los mismos. Lo anterior pone de manifiesto que los daños morales en el sentido tradicional de la expresión no agotan las pérdidas no pecuniarias, sino que constituyen una partida más dentro del más amplio de daño no pecuniario. Lo mismo que de los PECL, puede predicarse del DCFR, cuyo artículo III-3:701 trata del daño no patrimonial⁴⁹⁴.

Los problemas relativos al daño no patrimonial ya no giran en torno a su carácter indemnizable, sino en relación a su alcance, a su amplitud. Si hemos concluido que serán indemnizables como daños no patrimoniales todas aquellas consecuencias patológicas no patrimoniales que deriven del incumplimiento del contrato, corresponde plantearnos la delimitación de la característica o características de dichos daños⁴⁹⁵. Como ha afirmado el profesor LÓPEZ Y LÓPEZ, en relación al tradicional daño moral, que hacemos extensivo al daño no patrimonial, sólo será indemnizable cuando tengan «cierta entidad, y no se confunda con la contrariedad general de la vida a que todos estamos sometidos»⁴⁹⁶. En parecidos términos se pronuncia CARRASCO

⁴⁹⁴ En la misma línea que los textos del Derecho privado europeo citados, el Comentario al artículo 2:101 de los PETL se establece que «el Art. 10:301 no define el daño inmaterial, pero como cualquier daño tiene que ser material o inmaterial, se puede concluir que el daño es inmaterial si no comporta una disminución del patrimonio (daño no patrimonial). Consecuentemente, el daño inmaterial puede ser definido como «la pérdida que no es daño en el patrimonio de una persona, en su riqueza o en sus ingresos y que no es, por lo tanto, susceptible de ser cuantificada de algún modo económicamente objetivo por referencia a un mercado».

⁴⁹⁵ Como ha sostenido SOLÉ FELIU «parece oportuno sostener como regla de principio la no exclusión de la indemnización de la angustia y de los sufrimientos que derivan del incumplimiento contractual, en coherencia con la solución adoptada por los PECL, los Principios de UNIDROIT y, más reciente, el Art. 8:108(2) del CFR», «El daño moral por..., op. cit., p. 29.

⁴⁹⁶ LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., *Fundamentos de Derecho Civil. Doctrinas generales y bases constitucionales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011, p. 453.

PERERA, al exponer que «el criterio elegido por la jurisprudencia para discriminar entre lo protegible y lo inerte ha sido el de *la magnitud del impacto emocional* que siempre depende de las más sutiles circunstancias del caso, lo que ha propiciado un casi inevitable casuismo a la hora de decidir si el incumplimiento de un contrato puede producir un daño moral o no patrimonial indemnizable»⁴⁹⁷. El problema se focaliza ahora en cómo determinar qué nivel de entidad o intensidad debe exigirse para transitar de un simple enfado o molestia consustancial a la propia vida a un verdadero perjuicio no patrimonial⁴⁹⁸. Trazar una frontera nítida para distinguir los anteriores impactos de mayor o menor intensidad exige transitar por la jurisprudencia para extraer, si es posible, un criterio general para discernir la cuestión, lo que se presenta difícil, dada la variedad de situaciones que pueden acarrear un daño no patrimonial.

Si tomamos como botón de muestra la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2000⁴⁹⁹, en la misma se sostiene que «la situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico...comprenderse aquellas situaciones en que se produce una aflicción o perturbación de alguna entidad». En dicha resolución se contraponen la «aflicción producida por un retraso en un transporte aéreo» como consecuencia «de las horas de tensión, incomodidad y molestia producidas por una demora importante de un vuelo que carece de justificación alguna» con «las situaciones de mera molestia, aburrimiento, enojo, o enfado que suelen originarse como consecuencia de un retraso de un vuelo». En este caso concreto, como afirma CARRASCO PERERA «son las ocho horas de espera las que marcan el tránsito del fastidio molesto a la aflicción psíquica indemnizable»⁵⁰⁰. El Tribunal Supremo justifica la indemnización del daño

⁴⁹⁷ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de...*, *op. cit.*, pp. 1231 y 1232.

⁴⁹⁸ Como señala CARRASCO PERERA, A., «no podemos anticipar qué grado de aflicción va a considerarse suficiente para justificar un resarcimiento autónomo y exonerado de la necesidad de la prueba del daño», *Derecho de...*, *op. cit.*, p. 1232.

⁴⁹⁹ STS de 31 de mayo de 2000, ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2000, 5089).

⁵⁰⁰ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de...*, *op. cit.*, nota al pie núm. 197, p. 1232.

moral en la concurrencia de tres requisitos: tratarse de un retraso injustificado, la entidad de las horas de retraso y el impacto psíquico producido en la esfera personal de los viajeros. También se observa en la sentencia, al exponer que «la situación de preponderancia, e incluso prepotencia, contractual de la Compañía que, incidiendo en el sinalagma, lo cambia a su comodidad, con desprecio de los intereses de la otra parte, sin sacrificio alguno por la suya», lo ya denunciado por LÓPEZ Y LÓPEZ de que «a través del supuesto resarcimiento del daño moral, se introduce subrepticamente la figura de los daños punitivos, desconocida en el Derecho español»⁵⁰¹.

De los tres requisitos de que hace depender el Supremo la tutela del daño moral se pueden extraer las siguientes conclusiones: Primera, se requiere un análisis profundo de todas y cada una de las circunstancias que concurren en el caso, es decir, el estudio exhaustivo del *factum*⁵⁰². Segunda, la actitud que el deudor tenga respecto a la situación y el trato dispensado al acreedor. Tal vez si la compañía aérea hubiera atendido correctamente a los pasajeros, ofreciéndoles una adecuada información, la espera en una confortable sala vip o incluso en un hotel cercano al aeropuerto, haberles cambiado el asiento, aun en un vuelo retrasado, en una categoría superior, sus padecimientos se hubieran visto sensiblemente disminuidos. Tercera, la menor intensidad del retraso. Cuarta, la especiales circunstancias de los viajeros: recuérdese que volvían de un viaje de luna de miel, se encontraban en un país extranjero, la pérdida de un día de trabajo como consecuencia del retraso, etc.

Además de las circunstancias anteriores, y realizando una interpretación de las mismas en clave de los postulados de los PECL, puede resultar apropiado para discernir, cuándo nos encontramos ante una afección protegible, el empleo del “criterio de la razonabilidad”; por lo que sólo resultarían indemnizables aquellos impactos no patrimoniales que sufra el

⁵⁰¹ LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., *Fundamentos de Derecho Civil...*, op. cit., p. 454.

⁵⁰² Al respecto resulta ilustrativo lo establecido para el daño no patrimonial en el artículo 10:301 de los PETL: «(2) En general, para cuantificar tales daños se tendrán en cuenta todas las circunstancias del caso, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño».

acreedor y que superen un test de razonabilidad atendidas todas las circunstancias concurrentes. Podría concluirse que sería razonable que el acreedor soporte meras molestias, aburrimiento, enojo o enfado; por el contrario, superarían el test de razonabilidad el impacto, sufrimiento o padecimiento psíquico que, dadas todas las circunstancias concurrentes, sufre el pasajero que se encuentra abandonado en un aeropuerto durante un considerable número de horas.

4.5.9. La prueba del daño moral

La existencia del daño moral se encuentra sometida a los criterios generales de fijación por medio de prueba (artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y a las de tipo objetivo en los casos que proceda. Han de probarse los daños morales «de forma patente e indiscutible», dice la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2006⁵⁰³, llegando la de 16 de mayo de 2007⁵⁰⁴ a declarar la nulidad de una sentencia por falta de motivación al no haberse probado. La prueba ha de referirse a su existencia, pero también a la determinación causal entre el daño y el agente, que es lo que realmente permite establecer si el daño puede ponerse a cargo del agente, como afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2006⁵⁰⁵.

Dada la complejidad que la cuestión plantea por su carácter inmaterial, el tema probatorio ofrece ciertas singularidades, sobre las que el Tribunal Supremo se manifiesta en su sentencia epítome de 31 de mayo de 2000⁵⁰⁶, que por su especial importancia transcribimos: «La temática planteada, aunque relacionada con la doctrina general sobre la carga de la prueba, presenta

⁵⁰³ STS de 21 de marzo de 2006, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 2006, 1591).

⁵⁰⁴ STS de 16 de mayo de 2007, ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2007, 3111).

⁵⁰⁵ STS de 2 de marzo de 2006, ponente D. Vicente Luis Montés Penadés (RJ 2006, 919).

⁵⁰⁶ STS de 31 de mayo de 2000, ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2000, 5089).

ciertas peculiaridades, sobre todo por la variedad de circunstancias, situaciones o formas (polimorfia) con que puede presentarse el daño moral en la realidad práctica, y de ello es muestra la jurisprudencia, que aparentemente contradictoria, no lo es si se tienen en cuenta las hipótesis a que se refiere. Así se explica que unas veces se indique que la falta de prueba no basta para rechazar de plano el daño moral (S 21 de octubre 1996. RJ 1996. 7235), o que no es necesaria puntual prueba o exigente demostración (S.15 febrero 1994. RJ 1994. 1308), o que la existencia de aquél no depende de pruebas directas (S. 3 de junio 1991. RJ1991. 4407), en tanto en otras se exija la constatación probatoria (14 diciembre 1993. RJ 1993. 9886), o no se admita la indemnización -compensación o reparación compensatoria- por falta de prueba (S. 19 de octubre de 1996. RJ. 1996. 7508). Lo normal es que no sean precisas pruebas de tipo objetivo (S. 23 de julio 1990. RJ. 1990 6164, 29 enero 1993. RJ. 1993. 515, 9 diciembre 1994. RJ 1994. 9433, y 2121 de junio 1996), sobre todo en relación a su traducción económica, y que haya de estarse a las circunstancias concurrentes, como destacan las sentencias de 29 de enero 1993 y 9 de diciembre de 1994. Cuando el daño moral emane de un daño material (S. 19 octubre 1996), o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, pero cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la «in re ipsa loquitur», o cuando se da una situación de notoriedad (SS 15 de febrero de 1994 y 11 de marzo de 2000) no es exigible una concreta actividad probatoria»⁵⁰⁷.

Del estudio de la anterior resolución, entendemos que habrá de estarse al minucioso estudio de cada “factum” para intentar saber qué criterio haya de seguirse.

Con independencia de ello, constatamos la admisión, una vez más, de la responsabilidad objetiva con la teoría del “daño desproporcionado”, donde por aplicación de la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) las

⁵⁰⁷ En el mismo sentido la STS de 11 de noviembre de 2003, ponente D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez (RJ 2003, 8289).

conductas se califican como objetivamente responsables ante la producción de un daño, es decir, donde la producción de un evento dañoso normalmente no se produce sino por razón de una conducta negligente de la esfera del demandado, aunque no se conozca el detalle exacto. Se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia, y se corresponde con la doctrina alemana de la “apariencia de prueba” (*Anscheinsbeweis*), y con la francesa de la “prueba virtual” (*faute virtuelle*)⁵⁰⁸.

Nos queda por consignar que la carga de la prueba corresponde al sujeto que lo padece (artículo 217.2 de la LEC), con la excepción reseñada en la resolución que hemos transcrito, y de los supuestos contemplados en el ámbito de su aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil de Derechos al Honor, Intimidad Personal y Propia Imagen (BOE de 14 de mayo), en adelante LOHIP, que, en el párrafo tercero de su artículo 9, contiene una presunción *iuris et de iure* de su existencia: «*La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima*». Es decir, con la existencia de un hecho, el perjuicio se da por probado.

4.5.10. Fijación del “*quantum*”: criterios para su cálculo. Competencia

El *quantum* de la indemnización es una cuestión reservada al juzgador de instancia al que se le otorga libertad para que lleve a cabo la valoración (exceptuando los casos en los que viene regulada en los artículos 316, 319, 326 de la LEC), usando máximas de la experiencia y criterios de equidad e igualdad, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso⁵⁰⁹. Se permite por la jurisprudencia reciente⁵¹⁰ que se usen como referencia (no de forma

⁵⁰⁸ Como complementaria *vid.* la STS de 29 de junio de 1999, ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ, 1999, 4895).

⁵⁰⁹ STS de 4 de febrero de 2005, ponente D. Román García Varela (RJ 2005, 915).

vinculante) los criterios cuantitativos (baremos) para la fijación del *pretium doloris* que periódicamente se incorporan para la fijación de los daños corporales al Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (BOE de 5 de noviembre), en adelante LRCSCVM, por la Disposición Adicional 8ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados (BOE 9 noviembre) en adelante LOSSP⁵¹¹.

Si bien es cierto que el Tribunal Supremo se mostró inicialmente renuente a aplicar el referido sistema como orientativo en otros ámbitos de la responsabilidad civil, no lo es menos que la doctrina más reciente admite sin problemas que pueda ser uno de los criterios de referencia para los jueces y tribunales de instancia⁵¹². La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2008⁵¹³, hace especial hincapié en su carácter orientativo respecto de la cuantificación del quebranto en un hecho no relacionado con la circulación⁵¹⁴.

Aunque, en principio, el uso de tales baremos, en especial el que rige respecto de los daños corporales, pudiera servir como criterio de aproximación para obtener una no discriminada ni arbitraria indemnización, y que de hecho su uso ha venido a resolver problemas en los accidentes de circulación respecto de los daños corporales, tanto ellos, como otros que pudieran crearse para la indemnización de los daños morales, conllevarían casi siempre la

⁵¹⁰ SSTs de 20 de febrero de 2008, ponente Francisco Marín Castán (RJ 2008, 2671); de 2 de julio de 2008, ponente D. José Antonio Seijas Quintana (RJ 2008, 4276); de 9 de marzo de 2010, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2010, 3783).

⁵¹¹ Derogada por la disposición derogatoria única a) del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (BOE de 5 de noviembre).

⁵¹² STS de 20 de febrero de 2008, ponente D. Francisco Marín Castán (RJ 2008, 2671).

⁵¹³ STS de 2 de julio de 2008, ponente D. José Antonio Seijas Quintana (RJ 2008, 4276).

⁵¹⁴ En el mismo sentido, entre otras, la STS de 9 de marzo de 2010, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2010, 3787).

dificultad de no lograr la justa correspondencia entre el daño moral como tal y la indemnización pecuniaria, por el escollo casi insalvable de intentar traducir en términos económicos el sufrimiento en el que el daño moral esencialmente consiste. No obstante, la introducción de baremos por vía legislativa podría parecer lo más acertado, siempre que los mismos fueran fijados por sectores de la vida social y económica y a la vista de sus peculiaridades. En este sentido, ya las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2005⁵¹⁵ y 10 de febrero de 2006⁵¹⁶ lo han venido aconsejando respecto a la responsabilidad médica, y de hecho, el párrafo tres del artículo 9 de la LOHIP, aparte de la importante novedad de introducir la presunción de la existencia del perjuicio una vez acreditada la intromisión ilegítima, establece que el daño moral se valorará atendiendo las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo cual se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.

Los criterios que legalmente pudieran introducirse podrían intentar homogeneizar la apreciación del daño por los tribunales. En la actualidad, la fijación queda al prudente arbitrio de los jueces, atendiendo caso por caso (desechado que el daño moral sea igual para todas las víctimas), la consideración de la gravedad del daño y las circunstancias concurrentes, gravedad de la lesión producida, beneficio producido en el causante de la lesión, la propia conducta del perjudicado, atendiendo, como ya señalamos, a criterios de equidad e igualdad, y dentro de cánones de la proporción y la razonabilidad. Los criterios que, como decimos, legalmente pudieran introducirse, al menos de forma indicativa, podrían servir para lograr una homogeneidad en la apreciación por las resoluciones judiciales, ya que, en la práctica, suelen concurrir resoluciones distintas en casos análogos. Esto último, denunciado por la doctrina, tiene especial referencia en los propios y concretos asuntos que han servido a DíEZ-PICAZO para afirmar que «tiene la impresión de

⁵¹⁵ STS de 21 de diciembre de 2005, ponente José Antonio Seijas Quintana (RJ 2005, 10149).

⁵¹⁶ STS de 10 de febrero de 2006, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2006, 674).

que, en los últimos tiempos, se han ido produciendo -o se están produciendo- decisiones de los tribunales en que la figura del daño moral se ha aplicado -o se aplica- con escasa coherencia»⁵¹⁷.

Por otra parte, hay que decir que, siendo la apreciación del daño una cuestión de hecho reservada a la exclusiva soberanía del Tribunal de Instancia⁵¹⁸, las indemnizaciones fijadas, en consecuencia, no son revisables en casación, a no ser que se hayan alterado las bases fácticas tenidas en cuenta para su señalamiento, se incurra en flagrantes contradicciones o resultados aritméticos que pugnen con los datos de constatación del evento dañoso, o adolezcan de irrazonable desproporción de la cuantía fijada, o desajustes acusados a una racionalidad media⁵¹⁹. La impugnación habrá de ser encausada por vía de infracción de ley o error en la valoración probatoria⁵²⁰. También, en este punto, hemos de advertir que, en cierta medida, queda un poco en el aire la alteración del *quantum* que pueda llevarse a cabo por el Tribunal Supremo, ya que, en nuestro recorrido por sus resoluciones, hemos observado que para su valoración sobre los criterios de “desproporción”, “desajuste” o “racionalidad media” en que hayan podido incurrir los juzgadores de instancia, no se usa siempre la misma vara de medir. Es decir, que el propio Tribunal Supremo, mantiene diferentes opiniones sobre la cuantificación debido a la discrecionalidad en la valoración del *quantum*⁵²¹. En este sentido, ha

⁵¹⁷ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *El escándalo...*, *op. cit.*, p. 1.

⁵¹⁸ SSTs de 9 de febrero de 1987, ponente D. Cecilio Serena Velloso (RJ 1987, 692); de 23 de febrero de 1989, ponente D. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa (RJ 1989, 1250); de 12 de septiembre de 1996, ponente D. Francisco Morales Morales (RJ 1996, 6561); de 29 de septiembre de 1997, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 1997, 8460).

⁵¹⁹ SSTs de 4 de julio de 1991, ponente D. José Luis Albarca López (RJ 1991, 5324); de 15 de junio de 1992, ponente D. José Luis Albarca López (RJ 1992, 5138); de 26 de junio de 2003, ponente D. Xavier O’Callaghan Muñoz (RJ 2003, 5960); de 9 de julio de 2003, ponente D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2003, 4617); de 2 de abril de 2004, ponente D. Clemente Auger Liñán (RJ 2004, 2607); de 21 de abril de 2005, ponente D. Clemente Auger Liñán (RJ 2005, 4133).

⁵²⁰ STS de 31 de enero de 1980, ponente D. José Beltrán de Heredia y Castaño (RJ 1980, 175).

afirmado BARRIENTOS ZAMORANO que «cómo el tribunal llegó a la fijación de la suma a la que alcanza la indemnización es de los enigmas procesales y sustantivos que las partes generalmente nunca resolverán con la sentencia»⁵²².

4.5.11. La reparación del daño moral: ¿Pena o compensación? “El *pretium doloris*”

La naturaleza de la reparación o función que cumple el dinero a cuyo pago ha sido condenado el autor de un daño, divide también a la doctrina⁵²³ en el sentido de que hay quien entiende que cumple una función punitiva, mientras que para otros, es compensatoria; incluso, existe un sector doctrinal que sostiene que la reparación del daño moral cumple ambas funciones, punitiva para el causante del daño, y resarcitoria, para la persona que lo sufre.

Los que mantienen una función punitiva del dinero del dolor⁵²⁴, parten de la equivalencia que ha de darse entre el daño y el dinero pagado, y ello es prácticamente imposible, por lo que la indemnización no es una compensación, sino un castigo al causante⁵²⁵. Desde este punto de vista, la indemnización es

⁵²¹ SSTs de 1 de febrero de 2005, ponente D. José Almagro Nosete (RJ 2005, 1749); de 28 de abril de 2005, ponente D. Román García Varela (2005, 3646) y de 28 de marzo de 2005, ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2005, 2614).

⁵²² BARRIENTOS ZAMORANO, M., *El resarcimiento por...*, op. cit., p. 486. Vid., también las pp. 486 a 493.

⁵²³ Sobre la función o funciones que cumpla la indemnización del daño moral, vid., entre otros: ÁLVAREZ VIGARAY, R., «La responsabilidad...», op. cit., pp. 90 a 95; BARRIENTOS ZAMORANO, M., *El resarcimiento por...*, op. cit., pp. 51 a 64; CARRASCO PERERA, A., *Derecho de...*, op. cit., pp. 1234 a 1236; GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil...*, op. cit., pp. 113 a 133; GARCÍA SERRANO, F. DE A., «El daño moral...», op. cit., pp. 830 a 841; NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, op. cit., pp. 219 a 226.

⁵²⁴ Respecto a la función punitiva del resarcimiento del daño, sostiene SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a P., que «no creemos que yerren completamente los que afirman que, pese a que en nuestro Ordenamiento no se reconocen los daños punitivos, la utilización real de la condena a indemnizar los daños morales recuerda en muchos casos...que los Tribunales civiles no pueden sustraerse del todo a la tentación de castigar lo que rechazan», «El daño moral. Una aproximación a su configuración jurídica», *Revista de Derecho Privado*, 2006, p. 43.

una sanción privada que se impone a su causante, que más que perseguir la reconstrucción del daño, su eliminación, lo que hace es infligir un castigo al que lo genera⁵²⁶. Así ROCES⁵²⁷ señala que «en la mayor parte de los casos, estas mal llamadas “indemnizaciones” presentan un señalado matiz penal, pues con ellas pretenden sancionarse ataques que envuelven intolerables faltas contra la “sociedad civilizada”... y proteger “bienes sociales de gran estima”»⁵²⁸.

Los partidarios de la función compensatoria de la reparación del daño moral, que consideramos acertada, arguyen que la cantidad entregada en concepto de indemnización puede proporcionar a la víctima la posibilidad de otros goces que atenúan el daño sufrido⁵²⁹. En tal sentido, GARCÍA SERRANO

⁵²⁵ Frente al sector de la doctrina que defiende una función punitiva de la reparación del daño moral amparándose para ello en la falta de equivalencia entre el daño sufrido y la suma pecuniaria obtenida para su reparación, alega con acierto NAVEIRA ZARRA, M.M. que la función compensatoria «no exige una estricta correspondencia entre el daño extrapatrimonial causado y la cuantía indemnizatoria, por lo que ha de entenderse que tampoco es precisa ni posible la exacta equivalencia cuando lo que se comparan son sufrimientos y goces, entidades totalmente heterogéneas y subjetivas. Además debemos insistir, de nuevo, en que reparar no es borrar el perjuicio. Eso no se lograría por muy perfecta que fuese la reparación pues el daño nunca puede eliminarse de la realidad histórica en la que existió. Por el contrario, dirigiéndose la reparación a compensar el daño y siendo imposible una objetiva valoración pecuniaria del perjuicio extrapatrimonial, bastará con que la cantidad fijada a modo de indemnización sea la que razonablemente se estime adecuada para un hombre medio situado hipotéticamente en las circunstancias concurrentes en el caso concreto, al margen, por tanto, de sus particulares recursos económicos», *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, pp. 222.

⁵²⁶ Coincidimos con GARCÍA SERRANO, F. DE A., en relación con los argumentos que impiden atribuir en nuestro Derecho una función punitiva a la reparación del daño moral, «El daño moral...», *op. cit.*, pp. 835 a 838.

⁵²⁷ ROCES, W., «Breves acotaciones...», *op. cit.*, p. 298.

⁵²⁸ En la doctrina italiana, BIANCA, C.M. sostiene una concepción compensatoria del daño, y critica la pretendida función punitiva, e indica que «una diffusa opinione assegna al risarcimento del danno non patrimoniale una funzione in tutto o in parte punitiva. Questa opinione non può essere condivisa poichè il riferimento normativo al «risarcimento» sta a significare che il rimedio è estraneo al tema delle punizioni, riservato al diritto penale. Anche la funzione del risarcimento dei danni non patrimoniali é quella di compensare la vittima per i danni sofferti, non quella di imporre una sanzione afflittiva», *Diritto Civile...*, *op. cit.*, p. 173.

⁵²⁹ Afirma NAVEIRA ZARRA, M.M. que «esta función de compensación del dinero se desarrolló, sobre todo, en relación con los perjuicios extrapatrimoniales, debido a la ineptitud de éstos para ser valorados en términos pecuniarios, circunstancia ésta que hace imposible el establecimiento de cualquier equivalencia entre el daño causado y una suma de dinero. Es este hecho el que lleva a los MAZEAUD a afirmar que el término «reparar», en lugar de ser entendido en el sentido de borrar el perjuicio, en cuanto que éste es imborrable, debe ser

señala que «si como afirma Ihering, las funciones pensables que puede desempeñar la condena de una cantidad de dinero son las de pena, la de resarcimiento por equivalencia y la de reparación por compensación, una vez descartadas las dos primeras, parece que la función compensatoria o satisfactoria es la única que nos queda, y es además, la que menos inadecuada resulta»⁵³⁰. A la corriente compensatoria del daño moral se adscribe YZQUIERDO TOLSADA, sosteniendo que «la indemnización no puede cumplir una función punitiva ni meramente declarativa de derechos. Pero tampoco pensemos que su contenido es verdaderamente resarcitorio: el dinero no puede aquí resarcir, como dijo la sentencia de 1912. Pero ese dinero del “dolor” (“*Schmerzensgeld*”), si no hace la felicidad, en algo ayuda. Lo más correcto es dar a la *indemnización*, si no un carácter propiamente indemnizatorio (pues no deja indemne a la víctima), sí *compensatorio*»⁵³¹. Por su parte, NAVEIRA ZARRA⁵³², tomando como punto de partida un concepto amplio de la reparación por equivalente, afirma que «la reparación por equivalente consiste en la entrega al perjudicado de una suma de dinero. Esa suma, en el caso de perjuicios patrimoniales, debe ser equivalente al valor o entidad económica del daño sufrido, mientras que tratándose de perjuicios extrapatrimoniales ha de resultar suficiente o apta para compensar el daño soportado por el perjudicado. Así pues, resulta que la reparación por equivalente se concreta siempre en una obligación de dar de contenido pecuniario, que proporciona al sujeto dañado, no el mismo interés o utilidad de que se ha visto privado a consecuencia del evento dañoso, sino un interés o utilidad diferente (dinero), por lo que se afirma que este tipo de reparación

interpretado con el significado más correcto de «colocar a la víctima en condiciones de procurarse un equivalente», entendiendo la noción de equivalente en sentido amplio, sin que suponga, por tanto, la exigencia de una estricta correspondencia cuantitativa y cualitativa entre el dinero entregado en concepto de indemnización y el interés dañado -correspondencia ésta que no se podría alcanzar en los supuestos de daños no patrimoniales y ni siquiera en algunos casos de perjuicios materiales-, sino con el significado más extenso de que esa suma pecuniaria permita al dañado procurarse satisfacciones que le sirvan de compensación o contrapeso al daño sufrido» , *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, pp. 220 y 221.

⁵³⁰ GARCÍA SERRANO, F. DE A., «El daño moral...», *op. cit.*, pp. 838 y 839.

⁵³¹ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 164.

⁵³² NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, pp. 219 a 226.

desempeña o cumple una función de compensación»⁵³³. Por último, debemos indicar cómo Díez-PICAZO, no apartándose de la función compensatoria, puesto que señala que «la víctima del perjuicio moral padece dolores, y la reparación sirve para restablecer el equilibrio roto (*pretium doloris*), pudiendo, gracias al dinero, según sus gustos y temperamento, procurarse sensaciones agradables, que vendrán a contrapesar las dolorosas o desagradables, o más bien revistiendo la reparación acordada al lesionado, la forma de una reparación satisfactoria puesta a cargo del responsable del perjuicio moral, en vez del equivalente del sufrimiento moral»⁵³⁴, advierte que la falta de uniformidad de nuestra jurisprudencia provoca en no pocas ocasiones que «al lado de lo que puede ser estrictamente indemnización por daño moral, se colocan criterios en que se encuentra larvada la idea de daños punitivos»⁵³⁵.

Partiendo de la base de la finalidad compensatoria que tiene la indemnización de los daños morales, se ha desarrollado la teoría de la superación que tiene como principal valedor en nuestro país al profesor MARTÍN CASALS⁵³⁶. Afirmar que la función que se persigue mediante la suma pecuniaria obtenida por la indemnización del daño moral «es ofrecer unos bienes de diferentes características, que respondan a unos efectos totalmente diferentes y que proporcionan diferentes satisfacciones. Debe servir de medio para posibilitar al dañado perseguir otros fines que le dejen en una situación que, aunque sea diferente de la existente «ex ante», sea tan favorable como aquella»⁵³⁷. Mediante la compensación en dinero, no se pretende situar al

⁵³³ En similares términos DE CUPIS, A., *El Daño. Teoría...*, *op. cit.*, p. 327.

⁵³⁴ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de...*, *op. cit.*, p. 99.

⁵³⁵ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de...*, *op. cit.*, p. 240. En la misma línea LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., advierte como perversamente «a través del supuesto resarcimiento del daño moral, se introduce subrepticamente la figura de los daños punitivos, desconocida en el Derecho español», *Fundamentos de Derecho...*, *op. cit.*, p. 454.

⁵³⁶ MARTÍN CASALS, M., «Notas sobre la indemnización por daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982», en AA. VV., *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, tomo II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1238 a 1242.

perjudicado en una posición patrimonial mejor a la que tenía antes de producirse el daño, sino a superar los daños morales padecidos mediante la obtención de unos bienes de diferentes características que, reportándole satisfacciones diferentes, le permitan paliar o superar las sufridas anteriormente⁵³⁸. En la misma línea se posiciona LÓPEZ Y LÓPEZ afirmando que «la indemnización en el daño moral lo que hace es ofrecer al perjudicado unos bienes de diferentes características a los lesionados, y que pueden proporcionar a la víctima la satisfacción de deseos o satisfacciones distintos a los irreparables perdidos, pero que le proporcionan un conjunto de sensaciones o satisfacciones agradables que vengan a equilibrar en el futuro las desagradables consecuencias padecidas en el pasado»⁵³⁹.

Otro sector de la doctrina defiende que la reparación del daño moral cumple una doble función: de una parte, compensatoria para la víctima, y de otra, como castigo o sanción privada. En dicha postura se sitúa SANTOS BRIZ, afirmando que «la condena en dinero por haber estimado la realidad del daño moral tiene tanto de punitiva como de compensatoria, con lo cual ambos aspectos de pena e indemnización no son incompatibles y pueden tenerse en cuenta para determinar la cuantía de aquélla»⁵⁴⁰. En la misma línea, ÁLVAREZ VIGARAY⁵⁴¹, quien señala que «no hay inconveniente en conciliar estas dos funciones que se le asignan a la reparación del daño moral, y decir que la función del resarcimiento del daño moral es al mismo tiempo la de compensación que se concede a la persona damnificada por el perjuicio que se le ha causado, y la de pena privada impuesta al responsable del daño, que al sancionar la conducta dañosa, constituye una forma de protección de los bienes de la persona contra los ataques y lesiones a los mismos»⁵⁴². Esta

⁵³⁷ MARTÍN CASALS, M., «Notas sobre la...», *op. cit.*, p. 1238.

⁵³⁸ MARTÍN CASALS, M., «Notas sobre la...», *op. cit.*, p. 1242.

⁵³⁹ LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., *Fundamentos de Derecho Civil...*, *op. cit.*, p. 456.

⁵⁴⁰ SANTOS BRIZ, J., *Derecho de...*, *op. cit.*, pp. 147 y 148.

⁵⁴¹ ÁLVAREZ VIGARAY, R., «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 95.

postura ha sido criticada por GARCÍA SERRANO, que la denomina función mixta de la reparación, afirmando que «no parece defendible, porque si una forma pura explica suficientemente el cometido y las peculiaridades del dinero de dolor, ocioso resulta recurrir a formas híbridas»⁵⁴³.

Nuestro Tribunal Supremo, en lo que respecta a la función de la reparación del daño moral, ha rechazado que la misma tenga un carácter punitivo de la conducta del causante del daño. Así, entre otras, las sentencias: de 23 de junio de 1993⁵⁴⁴, en la que como consecuencia de las lesiones ocasionadas en el ojo de una persona por la explosión de una botella de cerveza, afirma que «ni ha habido tampoco quebrantamiento de la presunción de inocencia, aplicable sólo en vía sancionatoria, pero no al ámbito de las obligaciones civiles nacidas de responsabilidades también civiles porque el responder del daño no es sanción, sino reparación»; la de 19 de diciembre de 2005⁵⁴⁵, en relación al litigio planteado con ocasión de la resolución unilateral de un contrato de agencia, en la que el Tribunal argumenta que «la indemnización por daños ha de comprender el daño emergente y el lucro cesante, pero teniendo la indemnidad del perjudicado como límite del resarcimiento..., pero no procurar una ganancia o un enriquecimiento al perjudicado. De modo, pues, que se reparan los daños efectivamente sufridos, ya que no conoce nuestro Derecho los llamados «daños punitivos» ni tiene ahora función la idea de una «pena privada»»⁵⁴⁶.

⁵⁴² En el mismo sentido MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L., expone que «no se puede reparar con dinero algo que, en su naturaleza, no es así evaluable. La solución viene de la conjunción que dentro de la llamada «indemnizabilidad» de ese daño moral, distingue entre el efecto punitivo para su autor a modo de pena por su transgresión y el efecto resarcitorio para el así dañado, evaluado razonablemente en un baremo de socialidad, homologado», «El daño moral: sus manifestaciones en el derecho español», *Diario la Ley*, de 29 de julio de 2008, p. 4

⁵⁴³ GARCÍA SERRANO, F. DE A., «El daño moral...», *op. cit.*, p. 839.

⁵⁴⁴ STS de 23 de junio de 1993, ponente D. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 1993, 5380).

⁵⁴⁵ STS de 19 de diciembre de 2005, ponente D. Vicente Luis Montés Penadés (RJ 2006, 295).

⁵⁴⁶ Con el mismo rechazo a los daños punitivos se muestra la STS de 12 de enero de 2009, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2009, 544), al afirmar que «habida cuenta de que

La función compensatoria del dinero es la generalmente admitida por nuestra jurisprudencia, quien, en sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1962, dice que «la víctima del perjuicio padece dolores, y la reparación sirve para restablecer el equilibrio roto ("pretium doloris"), pudiendo gracias al dinero, según sus gustos y temperamento, procurar procurarse sensaciones agradables o, más bien, revistiendo la reparación acordada al lesionado la forma de una reparación satisfactoria puesta a cargo del responsable del perjuicio moral»⁵⁴⁷. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2003 declara que «lo que se trata precisamente no es de llevar a cabo una reparación en el patrimonio, sino de contribuir de alguna manera a sobrellevar el dolor y la angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo o ilegal de otro»⁵⁴⁸.

De tal manera surge el *pretium doloris*, como concepto autónomo para asumir el *quantum* fijado para los daños morales, para que pueda hacerse efectivo el principio de íntegra reparación del daño que se configura como independiente del resto de los daños originados por el hecho.

Como se ha expuesto, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia sostienen una función compensatoria de la indemnización del daño moral. Que la suma pecuniaria sirva para obtener otras satisfacciones, sensaciones agradables o le ayuden a superar el trance que le ha producido el daño, no son más que efectos que la compensación produce en el sujeto, pero que en nada desvirtúan la principal función compensatoria.

Por último, no apartándonos de la principal función compensatoria, no podemos ser ajenos a que la reparación del daño moral, en determinados

la aplicación del Derecho español establece un marco contractual determinado desde la perspectiva de la valoración del daño (pues se excluyen los daños punitivos, admisibles en el Derecho de los Estados Unidos de América)».

⁵⁴⁷ STS de 7 de febrero de 1962, ponente D. Francisco Bonet Ramón (RJ 1962, 672).

⁵⁴⁸ STS de 9 de diciembre de 2003, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 2003, 8643).

supuestos, parece adoptar otras funciones, a las que podríamos denominar secundarias o accesorias. Así, LÓPEZ Y LÓPEZ⁵⁴⁹ afirma que en la reparación del daño moral «se agazapa la posible confluencia en el mismo de las tres funciones que se adjudican a la responsabilidad civil, es decir la compensación, la punición y la disuación... nuestro sistema es reparatorio o compensatorio puro, pero ello no le priva de un cierto elemento punitivo. En todo caso,... hay que extremar los cuidados para que a través del daño moral no se produzca una sustancial alteración de la institución de la responsabilidad». Por su parte, CARRASCO PERERA afirma que de la doctrina jurisprudencial en torno al daño moral se extrae que su reparación se emplea con cuatro finalidades: «para evitar la infracompensación del daño... desempeñando larvadamente funciones punitivas... desempeñando en Derecho español funciones que en otros sistemas cumplen los daños *puramente nominales*... para indemnizar por daños que posible o probablemente podrían haber sido evitados con una conducta lícita alternativa del deudor, sin que sea seguro que ello ocurriría; lo que no se puede ya saber es si el daño se habría realizado igualmente de haberse omitido la conducta incumplidora»⁵⁵⁰.

4.5.12. La reparación del daño moral en forma específica o “*in natura*”

En teoría⁵⁵¹ es la forma más idónea para restablecer el menoscabo sufrido en el patrimonio moral y afectivo del sujeto dañado⁵⁵². De la mano de

⁵⁴⁹ LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., *Fundamentos de Derecho Civil...*, op. cit., p. 456.

⁵⁵⁰ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de...*, op. cit., pp. 1235 y 1236.

⁵⁵¹ Sobre la reparación *in natura* de los daños, afirma LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., que «sin mucha meditación se suele afirmar que la reparación *in natura* o en forma específica debe prevalecer sobre la indemnización pecuniaria de los daños y perjuicios. Hace ya algunos años CAPILLA demostró que este modo de ver las cosas es falso para la responsabilidad derivada del crédito, resultando en la práctica la prevalencia de la indemnización de daños y perjuicios», *Fundamentos de Derecho Civil...*, op. cit., p. 454.

⁵⁵² Al respecto afirma NAVEIRA ZARRA, M.M., que «desde el momento en que la reparación *in natura* procura al dañado la misma utilidad de la que fue privado a consecuencia del hecho dañoso, se puede afirmar que esa forma de resarcimiento es la más adecuada para

GARCÍA SERRANO⁵⁵³ podemos decir que la reparación en forma específica es al daño moral lo que el resarcimiento al daño patrimonial. Sin embargo, en la práctica los problemas surgen, porque en la mayoría de los casos no es posible, es excesivamente onerosa, o es insuficiente⁵⁵⁴, y en este último supuesto, la diferencia podría realizarse con dinero (que la sustituye) que compensara el desequilibrio entre el daño-reparación en específico⁵⁵⁵. Dicho autor recoge una cita de Santo Tomás que nos ha parecido de interés reseñar: «cuando lo que se quitó no se puede restituir por algo igual, se deberá compensar como sea posible, en dinero o en algún honor, considerando la condición de las personas según el arbitrio de hombres buenos»⁵⁵⁶.

En nuestra jurisprudencia encontramos alusiones a «hacer cesar la ofensa», «la pública retractación», «suprimir el medio en que el acto injurioso se haya realizado», «publicación total o parcial de una sentencia condenatoria», que suele producirse en temas de honor y descrédito⁵⁵⁷.

alcanzar o satisfacer el fin ideal de la reparación, que no es otro que colocar al sujeto perjudicado en una situación lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría en ausencia del evento dañoso», *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, p. 241.

⁵⁵³ GARCÍA SERRANO, F. DE A., «El daño moral...», *op. cit.*, p. 844.

⁵⁵⁴ Señala DE CUPIS, A., que «la reintegración en forma específica resulta insuficiente cuando queda un residuo entre la situación creada por ella y la anterior a la producción del daño, como lo muestra la reparación de la cosa deteriorada que no ha sido hecha debidamente y que no reconstruye totalmente el valor precedente de la cosa. Este resto o residuo no puede ser colmado más que mediante el dinero, o sea, con la reparación por equivalente», *El Daño. Teoría...*, *op. cit.*, pp. 831 y 832.

⁵⁵⁵ Sobre los distintos inconvenientes o desventajas de la reparación *in natura*, *vid.*, entre otros: DE CUPIS, A., *El Daño. Teoría...*, *op. cit.*, pp. 831 a 834; FISCHER, H.A., *Los Daños Civiles...*, *op. cit.*, pp. 133 y 134; NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, pp. 241 a 253. No obstante los inconvenientes que en la práctica presenta la reparación *in natura*, en relación con la lesión de los derechos de la personalidad o de los derechos fundamentales, MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., afirman que «a menudo, la protección de estos derechos podrá llevarse a cabo de manera más eficaz, al menos parcialmente, combinado la indemnización con otras medidas como la rectificación de una noticia, la retirada del material lesivo u otros mecanismos dirigidos a que cese la intromisión y a que no se vuelva a producir de nuevo», «El daño...», *op. cit.*, p. 872.

⁵⁵⁶ GARCÍA SERRANO, F. DE A., «El daño moral...», *op. cit.*, p. 834.

⁵⁵⁷ SSTs de 5 de julio de 2004, ponente D. Francisco Marín Castán (RJ 2004, 4938); de 15 de julio de 2010, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2010, 6049); de 10 de

En los PECL, el artículo 9:502, al disponer que «la indemnización por daños y perjuicios consiste en general en un importe que coloque a la parte perjudicada en una posición lo más próxima posible a la que hubiera disfrutado de haberse ejecutado correctamente los términos del contrato», le concede una clara preferencia a la reparación del daño mediante la entrega de una suma de dinero. No obstante ello, no le otorga la exclusiva a la reparación del daño mediante una prestación económica, puesto que emplea la expresión *consiste en general en un importe*. Lo anterior se justificaría, siguiendo a CAPILLA RONCERO, en que pueden existir determinados tipos de daños «en los que ciertamente parece posible, e incluso obligado, admitir esa forma de reparación *in natura*. Así, cuando como consecuencia del incumplimiento de una obligación resulten dañados el honor, intimidad, o imagen del acreedor... parece necesario reconocer amplio ámbito de actuación a la regla de la responsabilidad *in natura*, pues no tendría sentido restringir su juego exclusivamente al campo de la responsabilidad extracontractual»⁵⁵⁸.

4.5.13. La indemnización del daño moral como deuda de valor

A efectos prácticos, hemos de dejar constancia de que la cantidad a que contrae la indemnización de daños morales se trata de una “deuda de valor”⁵⁵⁹.

noviembre de 2010, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2010, 8037) y de 9 de febrero de 2012, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2012, 4628).

⁵⁵⁸ CAPILLA RONCERO, F., *La Responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, p. 55.

⁵⁵⁹ Como sostiene CARRASCO PERERA, A., «según la jurisprudencia hoy asentada, la obligación de reparar los daños y perjuicios no es una deuda de dinero simple, sino una *deuda de valor*, cuya cuantía ha de determinarse no en la fecha de producción del daño, sino en la fecha de su fijación procesal o, en su caso, en la fecha posterior en que se liquide su importe en período de ejecución de sentencia; de manera que el acreedor haya de recibir una cantidad de dinero que, atendiendo el valor adquisitivo que tenga la moneda en la fecha de la última actuación procesal, sea bastante para compensarle el quebranto sufrido. Sin embargo, esta doctrina tiene que ser concretada según la suerte de la obligación infringida... Si el Derecho de daños ha de cumplir una función compensatoria, y procurar situar al acreedor en la misma posición en la que se hallaría de no haberse incumplido la obligación, no cabe más remedio que aceptar que el valor del bien cuyo ingreso o reintegro en el patrimonio del acreedor no se ha hecho posible, deberá calcularse al que tenga en día de la última actuación procesal», «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, pp. 704 y 705.

Sostiene la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1992 que «cuando se producen circunstancias especiales, cuales son entre otras, las del transcurso de un excesivamente largo periodo de tiempo entre la producción del daño y su efectiva reparación, así como la de que durante el mismo se haya producido una notoria desvalorización del dinero, como consecuencia de una notable inflación, pueda ser calificada la deuda en que consiste la indemnización como deuda de valor, con la evidente intención que las aludidas causas conviertan en inadecuada al montante declarado, la indemnización efectivamente percibida»⁵⁶⁰. Por su parte, el artículo 134 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (BOE de 30 de noviembre), en adelante TRLCU, establece que *«el beneficiario de las indemnizaciones, tiene derecho a una compensación, sobre la cuantía de la indemnización, por los daños contractuales y extracontractuales durante el tiempo que transcurra desde la declaración judicial de responsabilidad hasta su pago efectivo»*.

4.5.14. Reflejo del daño moral en el Derecho positivo español

Dentro de esa orfandad legislativa que hemos venido constatando sobre normas generales atinentes al daño moral, con el tiempo han ido apareciendo disposiciones, en sectores concretos, que vienen a contemplarlo. De forma sucinta nos referimos a ellas a continuación⁵⁶¹.

Ya hemos consignado algunos de los puntos más importantes de la LOHIP, a saber, la presunción *iuris et de iure* consagrada en su artículo 9.3, así como, en el mismo precepto y apartado, un sistema de valoración (*«... atendiendo a las circunstancias del caso, y a la gravedad de la lesión*

⁵⁶⁰ STS de 15 de junio de 1992, ponente D. José Luis Albácar Lopez (RJ 1992, 5138).

⁵⁶¹ Sobre el reflejo positivo del daño moral en el Derecho español, *vid.*, entre otros, NIETO ALONSO, A., «Daños morales derivados...», *op. cit.*, pp. 1120 a 1123 y MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., «Comentario a la STS de 31...», *op. cit.*, pp. 259 y ss.

efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido»; y la posibilidad (artículo 4) de la designación testamentaria para el ejercicio de las acciones, y ello, con independencia del llamamiento (en el caso de fallecimiento sin haber podido ejercitar la acción, o no hubiera hecho designación testamentaria, o hubiera fallecido la persona designada) que se hace a través del apartado 2 del artículo 4 al cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos. Y finalmente, y a falta de éstos (párrafo 3º del mismo precepto), el ejercicio de la acción de protección corresponderá al Ministerio Fiscal. Por último, la función compensatoria viene recogida en el artículo 9.2, donde, tras declarar el restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, dicho restablecimiento incluirá -lo que entendemos una restitución “in natura”- la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida.

En materia de Propiedad Intelectual, el daño moral del autor se encuentra recogido en el artículo 140.2.a del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobada por Ley 22/1987, de 11 noviembre, que regulariza, aclara y armoniza las disposiciones legales vigentes sobre la materia (BOE 22 abril 1996, núm. 97): «... En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra». Con independencia de ello, el daño moral, en su acepción normal, padecido por el autor por incumplimiento del contrato se regulará por lo establecido en el Código civil⁵⁶².

El TRLCU contempla en su artículo 8, letra c, el derecho de todo consumidor a ser indemnizado y reparado por los daños causados, siendo

⁵⁶² En la STS de 26 de noviembre de 2003, ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2003, 8098), se indemnizan los daños morales por plagio. También en la de 1 de febrero de 2005, ponente D. José Almagro Nosete (RJ 2005, 1749), en la que se condenó a la editorial a la indemnización de daños morales por la falta de reconocimiento de la paternidad de la obra.

recogido el daño moral en su artículo 128 que establece que *«todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este libro por los daños o perjuicios causados por los bienes y servicios. Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar»*⁵⁶³.

El problema que suele plantearse, dado que se hace referencia concreta al daño moral por incumplimiento del contrato, es de si su regulación debe quedar contraída a esta norma, o si ha de acudir a otras. La doctrina mantiene que debe entenderse regulado por el régimen general de nuestro derecho positivo referente a la responsabilidad contractual y extracontractual, lo que significa que aquélla, -la aparecida en el artículo 128-, no agota la responsabilidad civil por daños causados por productos y servicios defectuosos. En consecuencia, las acciones reconocidas en su cuerpo no afectan a otros derechos que pueda tener el perjudicado, lo que no excluye que éste pueda interponer con éxito reclamaciones al amparo de otras reglas de responsabilidad. Y ello se justifica en que hay daños que no quedan cubiertos por este régimen (los artículos 129 y 141 dan fe de ello), y porque el mismo no excluye la opción de reclamar conforme a otras reglas de responsabilidad. En este sentido, indica PARRA LUCÁN que «para los daños por productos el TRLGDCU lo que hace es incorporar la regulación contenida en la Ley 22/1994, de responsabilidad por productos defectuosos, lo que significa que la indemnización de todos los daños no cubiertos por ella seguirá siendo posible al amparo de las reglas tradicionales de responsabilidad (arts. 1101 y ss. CC y, fundamentalmente, art. 1902 CC). Para los daños por servicios defectuosos el

⁵⁶³ PARRA LUCÁN, M^a.A., «Artículo 128», en AA. VV., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Rodrigo Bercovitz-Cano (Coordinador), Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 1609 a 1620.

TRLGDCU incorpora la interpretación mayoritaria de las reglas de responsabilidad contenidas en el Capítulo VIII de la LGDCU, lo que significa que, fuera del ámbito de aplicación de la normativa de protección al consumidor, es preciso acudir a las reglas generales de responsabilidad por daños»⁵⁶⁴. La propia jurisprudencia del Tribunal Supremo así lo considera en cuanto que dice que «al lado de la regulación de la culpa extracontractual como fuente de la obligación de reparar los daños y perjuicios causados contenida en los arts. 1902 y siguientes del Código Civil, han aparecido modernamente nuevas disposiciones legales dirigidas a obtener la reparación de los daños y perjuicios causados en el ejercicio de determinadas y específicas actividades a través de las cuales se pretende una mayor protección de los perjudicados»⁵⁶⁵.

El tenor literal del artículo 128 del TRLCU debe ser completado con el párrafo primero del artículo 129: *«el régimen de responsabilidad previsto en este libro comprende los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado»*. PARRA LUCÁN, ha criticado la exclusión del ámbito del artículo 129 de la responsabilidad por los daños morales producidos por servicios, afirmando que «la exclusión de la indemnización de los daños morales con arreglo a las reglas de responsabilidad del Texto Refundido para la responsabilidad por daños por servicios es una restricción nula, pues excede de los límites de la delegación la modificación de las reglas de responsabilidad contenidas en la LGDCU que es objeto de refundición, y en la que eran indemnizables todos los daños sufridos por los consumidores, incluidos los morales»⁵⁶⁶.

⁵⁶⁴ PARRA LUCÁN, M^a.A., «Artículo 128», *op. cit.*, p. 1611.

⁵⁶⁵ STS de 29 de mayo de 1993, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 1993, 4052).

⁵⁶⁶ PARRA LUCÁN, M^a.A., «Artículo 129», en AA. VV., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Rodrigo Bercovitz-Cano (Coordinador), Aranzadi, Navarra, 2009, p. 1626.

La Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (BOE de 8 de diciembre de 2001, núm. 294), en su artículo 43.2, recoge la posibilidad de exigir compensación por desprestigio que el uso ilícito de una marca puede suponer para la misma, afirmando que *«en el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico»*, fijando en el apartado 3 los elementos a tenerse en cuenta para fijar la indemnización⁵⁶⁷.

Por último debe destacarse, si bien en sentido negativo, que la Comisión General de Codificación en su PMCC ha omitido, entiendo que de forma claramente intencionada, cualquier tipo de referencia a la indemnización del daño no patrimonial. No encuentro en los tiempos actuales una válida justificación de dicha omisión, puesto que en nuestro país existe un amplio repertorio jurisprudencial sobre el mal llamado daño moral, a lo que debe sumarse que los textos de Derecho privado europeo, los mismos que han servido de modelo al trabajo de la Comisión de Codificación, recogen expresamente la indemnización del daño no patrimonial. Considero que la Comisión de Codificación ha desperdiciado una magnífica oportunidad para fijar los cimientos del daño moral, de fijar los nuevos contornos de tales daños, e incluso de haber acuñado la expresión, que hemos considerado correcta, de daños no patrimoniales. Su omisión no es más que vivir de espaldas a uno de los problemas que, dentro de la indemnización de los daños, tanto en sede de responsabilidad contractual como extracontractual, ha preocupado y preocupa tanto a los tribunales como a la doctrina civilística. Y todo lo anterior, sin olvidar los peligros que pueden derivarse de que una pretendida y deseada modernización del derecho de obligaciones y contratos, se quede a medio camino de lo que realmente supone eso, es decir, modernizar de verdad.

⁵⁶⁷ GARCÍA MARTÍN, I., «Comentario al artículo 43. Cálculo de la indemnización de daños y perjuicios», *Comentarios a la Ley de Marcas*, Tomo I (Artículos 1 a 50), Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano (Director), José Antonio García-Cruces González (Director-Adjunto), segunda edición, Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 699 a 720.

4.5.15. El daño moral por incumplimiento contractual en nuestra jurisprudencia

Como ya se ha dicho, el vacío legal en el campo del daño moral en nuestra legislación se ha ido cubriendo por la jurisprudencia, y muestra de ello es el elevado número de resoluciones judiciales que venimos citando. Hemos creído, como más interesantes, citar las que siguen:

En primer lugar, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1984⁵⁶⁸, de la que ya hablamos anteriormente, en cuanto fue la primera decisión en acoger la indemnización por daño moral en materia contractual. La acción fue ejercitada en solicitud de los daños morales causados a un abogado cuyo nombre, profesión, dirección y número telefónico fueron omitidos en la guía telefónica pese a la relación contractual existente entre él y la Compañía Telefónica, habiendo figurado en las guías años de anteriores con contrato de suplemento publicitario y abono de cuota independiente. Se motiva tal reconocimiento en los principios supralegales consagrados en nuestra Constitución de 1978, y en que las partes, de acuerdo con el artículo 1258 del Código civil, se encuentran compelidas a cumplir todas las consecuencias que según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley: «... sin olvidar tampoco que en punto a esta clase de perjuicios y daños inmateriales, su producción, su existencia, y su realidad, es decir, su prueba, es, paradójicamente, más fácilmente apreciable o perceptible en los casos de incumplimiento contractual, pues ya el hecho de esa conducta en una de las partes en el contrato produce, en curso normal de la convivencia y de las expectativas creadas por la relación negocial intersubjetiva, una frustración, una ruptura de la confianza que es la base de la buena fe (artículo séptimo, primero, y mil doscientos cincuenta y ocho del Código Civil)».

⁵⁶⁸ STS de 9 de mayo de 1984, ponente D. Carlos de la Vega Benayas (RJ 1984, 2403).

Justifica el daño dicha resolución «... en que como la fama, el prestigio, la nombradía profesional, la permanencia en el ejercicio de una actividad dependiente de clientela y anunciada mediante la normal publicidad en los casos en que, como el de autos y recursos, era realizada en la Guía Telefónica según contrato con el cliente o abonado reclamante, abogado en ejercicio, cuyos datos desaparecieron de la Guía durante un año, con la natural repercusión que ello entraña en punto a la incertidumbre de su baja o cesación profesional, traducible lógicamente en minoración de clientela y otros efectos, tales como, “mutatis mutandi”, es corriente en el mundo de la publicidad, en el que la permanencia del anuncio se convierte en necesidad inexcusable para la persistencia del tráfico mercantil, industrial o profesional».

Salvo algunas excepciones, como denominador común de las resoluciones que han ido viendo la luz a partir de la arriba citada, se puede señalar que el Tribunal Supremo declara que la indemnización por daño moral se encuentra en los daños y perjuicios a los que se refiere el artículo 1101 del Código civil, lo mismo que en base al artículo 1106, e incluso del artículo 1107, en cuyo ámbito resultan poder encajarse tanto el incumplimiento del deudor doloso como en el que cuya conducta cabe apreciar culpa (en este caso en cuanto estarían comprendidos en la expresión “todos” del precepto)⁵⁶⁹.

En la doctrina, se han ocupado, entre otros, de hacer un recorrido por las más interesantes resoluciones recaídas en el tema que nos ocupa, BARRIENTOS ZAMORANO⁵⁷⁰, CARRASCO PERERA⁵⁷¹, NIETO ALONSO⁵⁷², PÉREZ ONTIVEROS⁵⁷³, y

⁵⁶⁹ A favor del encaje legal del daño moral en nuestro Código civil, *vid.*, entre otros: CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, pp. 666 y ss.; CRISTÓBAL MONTES, A., «El daño...», *op. cit.*, p. 10; IGARTUA ARREGUI, F., «Comentario a la Sentencia de 9...», *op. cit.*, pp. 1637 y 1638; MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., «Comentario a la STS de 31...», *op. cit.*, pp. 252 y 257; NIETO ALONSO, A., «Daños morales derivados...», *op. cit.*, pp. 1117, a 1119; PARRA LUCÁN, M^a. A., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 15...», *op. cit.*, pp. 585 y 586; RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, pp. 942 y 943. En contra de tal encaje legal se manifiesta ESPIAU ESPIAU, S., «La indemnización del...», *op. cit.*, p. 1789 y en «Comentario a la sentencia de 31...», *op. cit.*, pp. 1285 a 1287.

⁵⁷⁰ BARRIENTOS ZAMORANO, M., *El resarcimiento por...*, *op. cit.*, pp. 346 a 360.

⁵⁷¹ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de...*, *op. cit.*, pp. 1223 y 1234.

SOLÉ FELIU⁵⁷⁴. Nosotros, tanto de las mismas, como de las que particularmente hemos detectado, reseñamos las que creemos de más interés.

1) Daño moral por contrato de cambio de moneda: sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2005⁵⁷⁶. El supuesto contempla la reclamación por daño moral mediando entre las partes contrato de cambio de moneda en el que por la entidad bancaria se entregaron billetes falsos. Al intentar abrir una cuenta en un banco en el extranjero (Ohio), entregaron billetes falsos y, advertida la entidad bancaria, lo comunicó a la policía que los detuvieron, interrogaron en público, registraron, ficharon etc..., quedando en libertad al mostrar el resguardo de adquisición en la entidad bancaria. El Tribunal Supremo fundamenta la procedencia de la indemnización en las normas legales que regulan la responsabilidad contractual. Descarta la existencia del dolo en la entidad bancaria; sin embargo precisa que ha infringido el artículo 1107 del Código civil, al entender que tal precepto comprende los daños morales (atentado al sagrado derecho de la libertad personal, al inalienable derecho a la dignidad, al esencial derecho a la seguridad jurídica, y - refiriéndose a la ruptura de la pareja- al intransferible derecho al libre desarrollo de la personalidad), por lo que recoge la doctrina que la indemnización por daño moral alcanza también, cuando conste su concurrencia, al deudor culposos o negligente.

2) Daño moral por pérdida de oportunidad⁵⁷⁷ de abogado o procurador: la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1997⁵⁷⁸, resuelve

⁵⁷² NIETO ALONSO, A., «Daños morales derivados...», *op. cit.*, pp. 1115 a 1197.

⁵⁷³ PÉREZ ONTIVEROS BAQUERO, C., *Daño moral por...*, *op. cit.*, pp. 55 y ss.

⁵⁷⁴ SOLÉ FELIU, J., «El daño moral por...», *op. cit.*, pp. 21 a 29.

⁵⁷⁶ STS de 28 de marzo de 2005, ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2005, 2614).

⁵⁷⁷ Sobre el concepto de "pérdida de oportunidad" la STS de 15 de noviembre de 2007, ponente D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2008, 17) indica que «tratándose de la responsabilidad profesional de un abogado, el daño moral en que se traduce la pérdida de oportunidades procesales ha de tener como necesario presupuesto la existencia de tales oportunidades y de las expectativas frustradas, así como la efectiva afectación del derecho a la

una reclamación formulada a un procurador de los tribunales por daños causados por su falta de personación en un recurso. Se aprecia el daño moral sufrido por los demandantes, al verse privados del derecho a que su demanda fuera estudiada por el Tribunal de Apelación, y, en su caso, por el Tribunal Supremo. Se concede la indemnización con apoyo en el artículo 1106. Por otro lado, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1998⁵⁷⁹ recoge la reclamación efectuada a un abogado por dejar transcurrir el plazo de prescripción, admitiendo la concurrencia en aplicación tanto de los artículos 1544, 1101 y 1104, como las normas contenidas en el Estatuto General de la Abogacía. En el mismo sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2005⁵⁸⁰, y de 28 de enero de 2005⁵⁸¹ al considerar el daño moral originado en la actuación de un abogado por no presentar un recurso al imposibilitar a una persona el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.

tutela judicial que le sirve de fundamento, lo que en modo alguno cabe admitir en el presente caso, en el que la misma parte demandante, aquí recurrente, reconoció el hecho que motivó el despido disciplinario del que fue objeto, admisión que incide negativamente en el resultado del juicio probabilístico que ha de preceder a la determinación de los daños morales por semejante causa. Y no está de más traer al recuerdo, a modo de cierre argumental, los términos de la Sentencia de esta Sala de fecha 27 de julio de 2006 (RJ 2006, 6548) , en la que, recogiendo la doctrina jurisprudencial establecida en otras anteriores, se dice: "Mientras todo daño moral efectivo, salvo exclusión legal, debe ser objeto de compensación, aunque sea en una cuantía mínima, la valoración de la pérdida de oportunidades de carácter pecuniario abre un abanico que abarca desde la fijación de una indemnización equivalente al importe económico del bien o derecho reclamado, en el caso de que hubiera sido razonablemente segura la estimación de la acción, hasta la negación de toda indemnización en el caso de que un juicio razonable incline a pensar que la acción era manifiestamente infundada o presentaba obstáculos imposibles de superar y, en consecuencia, nunca hubiera podido prosperar en condiciones de normal previsibilidad. El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando hay una razonable certidumbre de la imposibilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas. En otro caso no puede considerarse que exista perjuicio alguno, ni frustración de la acción procesal, sino más bien un beneficio al supuesto perjudicado al apartarlo de una acción inútil, y ningún daño moral pueden existir en esta privación, al menos en circunstancias normales"».

⁵⁷⁸ STS de 11 de noviembre de 1997, ponente D. Francisco Morales Morales (RJ 1997, 7871).

⁵⁷⁹ STS de 28 de enero de 1998, ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 1998, 357).

⁵⁸⁰ STS de 28 de abril de 2005, ponente D. Román García Varela (RJ 2005, 3646).

⁵⁸¹ STS de 28 de enero de 2005, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 2005, 1830).

Por otra parte, se nos señala en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2007⁵⁸², que la responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idóneas para realizarlas. Establece la anterior sentencia que «en otro caso no puede considerarse que exista perjuicio alguno, ni frustración de la acción procesal, sino más bien un beneficio al supuesto perjudicado al apartarlo de una acción». Es lo que la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2006 llama «la doctrina de la posibilidad del recurso frustrado»⁵⁸³.

3) Responsabilidad por vicios constructivos, defectos y ruinas de edificios. La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1997⁵⁸⁴ estima los daños morales en reclamación contra un arquitecto dado que los propietarios ocupantes tuvieron que desalojar sus viviendas habiendo adquirido los pisos para que les sirvieran de morada segura y no sometidos a contingencias negativas de una defectuosa construcción⁵⁸⁵.

4) Daños con ocasión de viaje aéreo: la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de junio de 2005⁵⁸⁶ declara procedente la indemnización de daños morales como consecuencia de la pérdida de una maleta en un contrato de transporte aéreo, considerando que cabe reconocer tales daños teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 22 del Convenio de Varsovia (I) para unificación de ciertas reglas del transporte aéreo internacional. La sala estimó que, no obstante el citado artículo fija una

⁵⁸² STS de 15 de noviembre de 2007, ponente D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2008, 17).

⁵⁸³ STS de 21 de marzo de 2006, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 2006, 1591).

⁵⁸⁴ STS de 22 de noviembre de 1997, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1997, 8097).

⁵⁸⁵ SSTS de 22 de noviembre de 1997, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1997, 8097); de 11 de marzo de 2002, ponente D. José Almagro Nosete (RJ 2002, 5691); de 4 de febrero de 2005, ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2005, 945); de 15 de marzo de 2005, ponente D. Francisco Marín Castán (RJ 2005, 2806).

⁵⁸⁶ SAP de Valencia (Sección 9ª) de 20 de junio de 2005, ponente D. Gonzalo Caruana Font de Mora (AC 2005, 1174).

indemnización por kilogramo extraviado, éste representa sólo el valor material del equipaje perdido, pero ello no implica que no se pueda subsumir en su contenido el daño moral irrogado como consecuencia de la pérdida. La sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 7 de octubre de 2004⁵⁸⁷, con cita de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1998⁵⁸⁸, entiende que los límites que los artículos 22 y 25 del Convenio de Varsovia (I) contemplan no pueden beneficiar al porteador si el daño producido proviene de dolo suyo o de faltas consideradas como equivalentes al dolo, lo que supone una clara remisión al art. 1107 del Código civil. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de abril de 2005⁵⁸⁹ tiene su causa en la pérdida de una maleta estimándose la pretensión de reparación de daños morales⁵⁹⁰.

La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2000⁵⁹¹, considera procedentes los daños morales derivados del incumpliendo del contrato de transporte aéreo por retraso de vuelo, cuando el incumplimiento produce una aflicción o perturbación de cierta entidad. La sentencia establece la forma de valoración de los daños morales en caso de retraso, sosteniendo que no pueden derivarse daños morales de las situaciones de mera molestia, aburrimiento o enojo o enfado, «pero con ello no se agotan todas las posibilidades, pues resulta incuestionable que también deben comprenderse aquellas situaciones en que se produce una aflicción o perturbación de alguna entidad (sin perjuicio de lo que la mayor o menor gravedad influya en la

⁵⁸⁷ SAP de Alicante (Sección 6ª) de 7 de octubre de 2004, ponente D. José María Rives Seva (AC 2005, 24046).

⁵⁸⁸ STS de 20 de junio de 1998, ponente Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa (RJ 1998, 4904).

⁵⁸⁹ SAP de Madrid (Sección 18ª) de 11 de abril de 2005, ponente D. Jesús Rueda López (JUR 2005, 111010).

⁵⁹⁰ En la actualidad, el transporte aéreo de pasajeros se encuentra regulado por el Convenio de Montreal, en vigor en España desde el 28 de julio de 2004, y causó la derogación de la Ley 48/1960, de 21 de julio de Navegación aérea, en lo atinente al transporte aéreo de pasajeros, y por virtud de la vigencia para nuestro país del Reglamento nº 889/2002.

⁵⁹¹ STS de 31 de mayo de 2000, ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2000, 5089).

traducción económica), como consecuencia de las horas de tensión, incomodidad y molestia producidas por una demora importante de vuelo, que carece de justificación alguna».

5) Daño moral en viaje combinado. Las sentencias de las Audiencias Provinciales⁵⁹² acogen los daños morales a los consumidores de viajes combinados frustrados. La regulación legal de este tipo de viaje está prevista en el Libro IV, Viajes Combinados, de la ley General de Defensa de Consumidores.

6) Daño moral en materia de Propiedad Intelectual (El derecho de autor): En la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1991⁵⁹³, se solicitaba la indemnización por daño moral derivado de los daños sufridos en el transporte de los cuadros de los que el reclamante era autor. Se acoge la indemnización por daño moral con apoyo en los artículos 1101, 1106, y en su caso 1902, así como el artículo 6 bis del Convenio de Berna de 9 de septiembre de 1886. Se distinguen en la sentencia entre dos grupos de derechos; unos de contenido patrimonial, derivados de la explotación económica de la obra; y otros, de carácter personal, que son las facultades o derechos morales de los autores, como consecuencia de la paternidad de la obra por su talento, artes, inspiración, ingenio. Dice en su Fundamento de Derecho cuarto *in fine* «... la conclusión de la realidad concurrente de haber sufrido el promotor del presunto recurso de casación, no sólo daños materiales... sino también daños de índole moral, en razón al sufrimiento y lesión a su sensibilidad artística, al ver mermada la integridad de sus pinturas, por consecuencia de los desperfectos y minoraciones que le afectan, ya que de tal manera se le causó una grave lesión espiritual, que no puede dejarse de lado...».

⁵⁹² Entre otras, la SAP de Valencia (Sección 9ª) de 18 de febrero de 2005, ponente Dª. María Antonia Gaitón Redondo (AC 2005, 524).

⁵⁹³ STS de 3 de junio de 1991, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1991, 4407).

La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2005⁵⁹⁴ considera también la procedencia de los daños morales «de acuerdo con los artículos 128 y 125 de la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987 (RCL 1987, 2440), aplicable al caso, en relación con el núm. 4 del artículo 14 y disposición transitoria 4ª».

7) Daño moral por incumplimiento de servicio funerario: sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio 2002⁵⁹⁵. Contempla el estudio de la pérdida de unos restos mortales al ser sacados de su nicho funerario antes del plazo fijado y depositados en una fosa común. La sentencia acoge la demanda por incumplimiento contractual y daños morales. El Tribunal Supremo estimó que los daños morales consistían en la imposibilidad de poder recuperar los restos mortales. El motivo para indemnizar lo centra en que el respeto a los restos mortales de una persona es muy importante, además de las creencias religiosas (sentimientos y convicciones), y en la salud de la demandante⁵⁹⁶. Otro caso se contempla en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo

⁵⁹⁴ STS de 1 de febrero de 2005, ponente D. José Almagro Nosete (RJ 2005, 1749): «la sentencia impugnada establece que no se ha probado que en las ediciones sucesivas y cuestionadas se introdujeran modificaciones o alteraciones, ni que no se haya permitido la actualización de las mismas al autor, de manera, que la falta de soporte fáctico respecto de estos conceptos debe conducir a una minoración de la cantidad fijada como compensatoria de los daños morales. Mas no pueden aceptarse los razonamientos que utiliza la referida sentencia para excluir la indemnización por haber usado el nombre del autor sin su autorización; o no utilizar, ni siquiera el nombre del autor, ya que la objeción que la sentencia propone para denegarla, esto es, que «no consta la existencia de ninguna declaración documental del actor dirigida a la editorial demandada por la que modifique su voluntad de figurar como autor de la obra», no se sostiene, dado que la propia posición de la Editorial que se afirmaba propietaria de la obra con cesión de los derechos de autor y las circunstancias fácticas en que se desarrolla el cumplimiento del contrato, hacían inviable aquella prevención, por otra parte, no exigible en el desarrollo de un contrato que se supone (aunque no fuera desde luego civil) debiera haberse desenvuelto conforme a las reglas de la buena fe. Por ello, teniendo en cuenta la gravedad de la infracción y no pudiéndose determinar la tirada de las ediciones que, en este sentido, se realizaron, cabe, finalmente, reducir a diez millones de pesetas (10.000.000 de ptas) la cantidad a indemnizar por estos daños».

⁵⁹⁵ STS de 10 de junio 2002, ponente D. Antonio Romero Lorenzo (RJ 2002, 4982). *Vid.* también la STS de 7 de diciembre de 1979, ponente D. José Antonio Seijas Martínez (RJ 1979, 4119).

⁵⁹⁶ En similares términos, *vid.* también la STS de 7 de diciembre de 1979, ponente D. José Antonio Seijas Martínez (RJ 1979, 4119).

de 2000⁵⁹⁷ por desalojo y traslado al osario común sin conocimiento de familiares. Igualmente se dan resoluciones en casos de pérdidas de expedientes, descuidos y errores que dan lugar a la estimación de daños morales⁵⁹⁸.

8) Daño moral por expulsión de un alumno de un centro escolar. La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2003⁵⁹⁹ estima la indemnización de daños morales solicitada como consecuencia de la expulsión de un alumno de un centro. La expulsión se produce con un expediente irregular por falta de información del instructor y de los cargos imputados, de audiencia y de pruebas sobre los hechos. Se produce un descrédito de la imagen del alumno ante los compañeros y entorno social por sospecha de consumo de drogas en el centro. Igualmente, zozobra y desasosiego en los padres del alumno. Como nota curiosa a llamar la atención es que, aun acogiendo los daños morales en base al artículo 1107, manifiesta que no se trata de daños derivados de propio incumplimiento contractual y tampoco derivados de la responsabilidad extracontractual, sino más bien de daños generados en línea de abuso de derecho o de contraderecho que se refuerza en su aspecto coactivo sancionador imputables al colegio demandado⁶⁰⁰.

⁵⁹⁷ STS de 4 de marzo de 2000, ponente D. Jesús Ernesto Peces Morate (RJ 2000, 2459).

⁵⁹⁸ STS de 19 de octubre de 2000, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 2000, 7733) y las SSAP de Málaga de 20 de marzo de 1999 (sección 6ª), ponente D. José Calvo González (AC 1999, 707), de Huelva de 7 de marzo de 2000 (sección 1ª), ponente Dª. Cristina Martínez de Páramo (JUR 2001, 34857).

⁵⁹⁹ STS de 9 de diciembre de 2003, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 2003, 8643).

⁶⁰⁰ En la misma línea la STS de 27 de julio de 1994, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1994, 6787).

4.6. El alcance y los límites del daño no patrimonial en los PECL

Como anteriormente se afirmó, los PECL admiten expresamente en el párrafo segundo de su artículo 9:501 que «*las pérdidas que cubre esta indemnización incluyen: (a) Pérdidas no pecuniarias*». En su Comentario, con mayor amplitud que la mera referencia a los daños no patrimoniales del precepto, se afirma que «las pérdidas reparables no se limitan a las pérdidas pecuniarias, sino que pueden cubrir también, por ejemplo, daños o sufrimientos, molestias o la carga psicológica o «daños morales» que el incumplimiento de la prestación suponga para la otra parte». A lo que debe añadirse que en las Notas de Derecho Comparado, de forma detallada, se prevén como causas de los daños no patrimoniales al «daño y los inconvenientes subsiguientes al daño físico, a la vergüenza o a la vejación, o pueden derivar del ataque al honor, la reputación o la personalidad de un determinado sujeto, o por la muerte de un cónyuge o de otra persona próxima».

Lo anterior nos conduce a la concepción de un daño no patrimonial amplio, que engloba todas las posibles perturbaciones o lesiones que afecten a la esfera personal de los contratantes. Considero que la enumeración que realizan los PECL no debe entenderse como *numerus clausus*, no sólo porque expresamente la dispone a modo de ejemplo, sino porque de la filosofía que subyace en la misma se desprende que tienen cabida bajo el concepto de daño no patrimonial todas las posibles lesiones que sufran las partes en su esfera personal. La concepción de la esfera personal que realizan los PECL es integral; ello quiere decir que quedan protegidos los contratantes tanto en su ámbito interno, es decir, el psicológico, el espiritual, lo que en nuestro Derecho se denomina daño moral, como el ámbito externo, el físico, que también se denomina daño corporal. De ahí que hayamos afirmado que se protege de forma integral la esfera personal de los contratantes, tanto en su dimensión interna como externa.

Del recorrido realizado por los textos uniformes en el ámbito del Derecho internacional privado, del Derecho comunitario europeo y del Derecho privado europeo, e incluso en nuestro Derecho, se ha observado que, bien implícita o

explícitamente, en unos casos con mayor y en otros con menor desarrollo, se admite el resarcimiento del daño no patrimonial por incumplimiento del contrato. Como ya se indicó, los problemas actuales relativos al daño no patrimonial no giran ya en torno a su admisión, sino a su alcance, a sus límites. No obstante dicha admisión, como afirma SOLÉ FELIU⁶⁰¹, «ni los PECL, ni los principios UNIDROIT, ni tampoco los principios desarrollados en el Marco Común de Referencia (CFR) fijan criterios concretos que ayuden a fijar en qué casos, y bajo qué condiciones, el daño moral será indemnizable»⁶⁰².

No obstante dicha ausencia de criterios concretos, y una vez que se ha delimitado el ámbito objetivo de los daños no patrimoniales, considero que del comentario al artículo 9:501 de los PECL, y de las conclusiones a las que hemos llegado en el ámbito del daño no patrimonial en nuestro Derecho, pueden extraerse cuáles son los criterios o condiciones que determinan en qué supuestos nos encontramos ante un daño no patrimonial en los PECL⁶⁰³.

En el Comentario del artículo 9:501, expresamente, se afirma que se «permite que la parte perjudicada reciba una indemnización por daños y perjuicios siempre que haya sufrido pérdidas como consecuencia del incumplimiento injustificado de la otra parte. Esta sección no se ocupa de los

⁶⁰¹ SOLÉ FELIU, J., «El daño moral por...», *op. cit.*, p. 2.

⁶⁰² Sostiene SOLÉ FELIU, J., que «El análisis de los principales ordenamientos jurídicos de nuestro entorno tampoco ofrece criterios claros al respecto. Algunos de ellos, como Estados Unidos, Inglaterra o Alemania, adoptan una posición restrictiva al respecto y rechazan indemnizar el daño moral por infracción contractual, salvo en supuestos excepcionales. Otros ordenamientos, como Francia, Bélgica o España, parten de una posición más flexible, y admiten como regla general la indemnización del daño moral resultante del incumplimiento contractual. Sin embargo, como han resaltado diversas sentencias del propio Tribunal Supremo español, la indemnización del daño moral contractual “no puede operar sin más en todo caso de incumplimiento contractual”, lo que de nuevo pone el acento en la necesidad de identificar los criterios y las condiciones, bajo los cuales las molestias, las incomodidades o los perjuicios morales derivados del incumplimiento contractual podrán ser indemnizables en el derecho español», «El daño moral por...», *op. cit.*, p. 2.

⁶⁰³ Como señala SOLÉ FELIU, respecto a nuestro Derecho, pero que resulta plenamente predicable respecto de los PECL, ahora el problema se plantea en relación a «las condiciones que deben concurrir para que el daño moral causado por un incumplimiento contractual resulte indemnizable, y cuya ausencia lleve a rechazar la indemnización», «El daño moral por...», *op. cit.*, p. 29.

daños que no sean relevantes cuando el incumplimiento no haya ocasionado pérdidas a la parte perjudicada»⁶⁰⁴. De la afirmación de que no serán objeto de indemnización *los daños que no sean relevantes*, se extrae, de una interpretación a *sensu* contrario, que tanto para resarcir los daños patrimoniales como los no patrimoniales se exige que el daño sea relevante. Ello nos sitúa nuevamente, como ya se indicó respecto a nuestro Derecho, en la necesidad de que el daño no patrimonial responda a un cierto grado de relevancia, entidad o magnitud del impacto. En el mismo sentido sostiene SOLÉ FELIU que «el perjuicio tiene que constituir un “plus” o “añadir algo” a la simple incomodidad o al malestar que todo acreedor experimenta habitualmente ante el incumplimiento de su deudor contractual, y así lo asume cada una de las partes contratantes. Lo contrario implicaría reconocer una indemnización automática por daño moral en todos los supuestos en que exista incumplimiento contractual»⁶⁰⁵.

Las anteriores afirmaciones nos conducen nuevamente a las conclusiones sostenidas respecto de nuestro Derecho: s los criterios de razonabilidad o de relevancia. Por lo que resultarán indemnizables aquellos daños no patrimoniales que sufra el acreedor y que superen el test de razonabilidad o relevancia, quedando extramuros del concepto de daños no patrimoniales las meras molestias, aburrimiento, enojo o enfado que padezca el acreedor.

Debe indicarse que SOLÉ FELIU añade a las anteriores condiciones, apoyándose en el artículo 1107 de nuestro Código, que el daño no patrimonial sea consecuencia necesaria del incumplimiento y que supere el test de previsibilidad⁶⁰⁶, lo que le lleva a afirmar que «el manejo de estos dos factores, junto con el carácter relevante del daño, constituye un enfoque adecuado para afrontar las reclamaciones del daño moral derivado del cumplimiento

⁶⁰⁴ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 639.

⁶⁰⁵ SOLÉ FELIU, «El daño moral por...», *op. cit.*, p. 30.

⁶⁰⁶ SOLÉ FELIU, «El daño moral por...», *op. cit.*, pp. 31 a 35. En el mismo sentido RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, p. 965.

defectuoso o del incumplimiento contractual»⁶⁰⁷. Coincidimos en la importancia de dichos factores en orden a la determinación del daño indemnizable, predicable tanto para los daños patrimoniales como los no patrimoniales, pero se trataría de una operación posterior, que delimitaría de entre los daños irrogados al acreedor cuáles son los indemnizables. Por ello tendría que afirmarse que concurren dos tipos o clases de límites o condiciones para que el daño no patrimonial sea indemnizable. Un requisito interno, su relevancia, su magnitud, por lo que sería necesaria una importante labor jurisprudencial, en orden a establecer con nitidez cuál es la frontera entre lo relevante y no relevante. Y dos requisitos externos o exógenos: que el daño no patrimonial sea consecuencia necesaria del incumplimiento, y que el mismo hubiera sido previsto o previsible en el tiempo de constituirse la obligación.

Por último, debemos señalar otra conclusión que se extrae del anterior principio de no ser objeto de indemnización *los daños que no sean relevantes*. Se puede afirmar que los PECL, al igual que en nuestro Derecho, no se muestran partidarios de la indemnización simbólica del daño no patrimonial⁶⁰⁸. Se entiende por tal la que por su mínima cuantía parece no tener un fin reparador o compensatorio del daño no patrimonial. Provoca su estudio la aparición en nuestro país de algunos fallos judiciales que fijaron como cantidad indemnizatoria la de una peseta⁶⁰⁹. A raíz de ello, la razón de estas condenas, para un sector, obedecen a un reconocimiento del derecho de resarcimiento ante la imposibilidad de realizar una valoración; así BARRIENTOS ZAMORANO afirma que «las indemnizaciones simbólicas o «nummo uno», no pueden ser consideradas propiamente una indemnización, sino sólo es el reconocimiento

⁶⁰⁷ SOLÉ FELIU, «El daño moral por...», *op. cit.*, p. 32.

⁶⁰⁸ Como indica BARRIENTOS ZAMORANO, M., «la indemnización del daño moral como reconocimiento de un derecho es una realidad en varios países de la Unión Europea. Si bien no es la regla general, sí se dan casos como en Francia en que las condenas se acercan a los «*nominal damages*» como son conocidos en el *Common Law*», *El resarcimiento por daño...*, *op. cit.*, p. 112.

⁶⁰⁹ STS de 31 de diciembre de 1993, ponente D. Rafael Casares Córdoba (RJ 1993, 9918).

de un derecho»⁶¹⁰. Coincidimos con MARTÍN CASALS cuando niega que la finalidad primordial del derecho de daños sea «la de afirmar o reconocer derechos. Si no hay indemnización, es porque no hay daño en sentido jurídico del que deba responder; si hay daño, y no puede ser reparado en forma específica, deberá haber una indemnización, es decir, una compensación pecuniaria»⁶¹¹

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1993 sigue esta misma línea, rechazando una demanda por el daño moral causado a los derechos de un autor cifrada en una peseta, justificando que «los órganos de la jurisdicción, lo mismo que no resuelven sobre cuestiones académicas o disputas doctrinales, tampoco están instituidos para imponer condenas simbólicas sin otra eficacia real que la de dar respuesta a sentimientos que, por muy legítimos que sean, escapan de la órbita de lo jurídico, razón última que impide utilizar a los tribunales, en su apoyo»⁶¹².

4.7. El daño no patrimonial en las personas jurídicas

La última cuestión que abordamos en relación al daño no patrimonial es si las personas jurídicas pueden solicitar indemnizaciones por los mismos⁶¹³.

De la regulación que los PECL, y los textos uniformes anteriores y coetáneos, dedican a la indemnización de los daños y perjuicios, no se deduce que deba excluirse la indemnización de los daños no patrimoniales en relación

⁶¹⁰ BARRIENTOS ZAMORANO, M., *El resarcimiento por daño...*, *op. cit.*, p. 113.

⁶¹¹ MARTÍN CASALS, M., «Notas sobre la...», *op. cit.*, p.1264.

⁶¹² STS de 14 de diciembre de 1993, ponente D. José Almagro Nosete (RJ 1993, 9886).

⁶¹³ Al respecto afirma BARRIENTOS ZAMORANO, M., que «el que una persona jurídica pueda demandar indemnización por daño moral, es un tema que en el Derecho comparado y en especial europeo no es pacífico. Aunque en los últimos años el derecho a la reparación del daño moral se reconoce tanto en las personas físicas como a las jurídicas», *El resarcimiento por daño...*, *op. cit.*, p. 133.

a las personas jurídicas, máxime cuando adoptan un concepto omnicomprendivo de los mismos, aglutinadores de la lesión de cualquier interés no patrimonial, por tanto no circunscrito al clásico concepto de *pretium doloris*, relativo al sufrimiento, angustia, dolor. Lógicamente la naturaleza impersonal de las personas jurídicas provoca que la posibilidad de que ante un incumplimiento se produzcan daños no patrimoniales se vea sensiblemente reducida, pero una cosa será que difícilmente se generen, y otra distinta, que en el supuesto de que así sea, deba excluirse su indemnización.

No les falta razón a quienes sostienen que la lesión del honor mercantil, la reputación o la pérdida de crédito de una persona jurídica normalmente tendrán un efecto perjudicial en el patrimonio de quien lo sufre y, por lo tanto, debe ser resarcido como daño patrimonial⁶¹⁴. Consideramos que en el actual mundo empresarial, en el que la imagen y el prestigio comercial cada vez cobran mayor importancia, puede ocurrir que la lesión de los mismos no sólo se traduzca en pérdidas patrimoniales, sino también no patrimoniales que deben ser objeto de las correspondientes indemnizaciones⁶¹⁵.

En nuestro Derecho, hay quien se mantiene contrario a tal posibilidad, ya que en la legislación atinente al daño moral no se hace referencia a las personas jurídicas (a excepción del párrafo primero del artículo 4 de LOHIP, en cuanto contempla la posibilidad de legar el ejercicio de acciones de protección

⁶¹⁴ En tal sentido afirma RODRÍGUEZ GUTIÁN que «es una idea muy extendida que la reputación mercantil de las personas jurídicas es un bien de naturaleza patrimonial, del cual derivan de modo exclusivo daños materiales, probablemente debido, por una parte, a la propia estructura de una persona jurídica (al carecer de sentimientos no tienen honor en sentido subjetivo) y, por otra, al ligamen tan intenso que existe entre la reputación económica y los bienes materiales que se obtienen gracias a la posesión de aquella. Así, se mantiene que una pérdida de reputación en una empresa no puede generarle más que un aumento de sus costes o pérdida de ingresos en el futuro, y estos perjuicios son compensables en dinero», «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, p. 954.

⁶¹⁵ Como afirma ÁLVAREZ VIGARAY, R., «no es necesario para que exista daño moral que se produzcan sufrimientos físicos o morales del hombre, pues pueden causarse daños morales a las personas jurídicas, las cuales al carecer de un cuerpo físico, no pueden experimentar dichos sufrimientos, y en este sentido, es también daño moral la disminución o pérdida del prestigio de una persona jurídica a consecuencia de una campaña de difamación realizada contra ella, etc», «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 83.

del derecho al honor a una persona jurídica); abundando otros en la imposibilidad de que una persona jurídica pueda sufrir daños extrapatrimoniales en función al aspecto inmaterial (sentimiento, angustia, aflicción) en que se presentan. Por su parte, el artículo 3 del TRLCU, entiende por “consumidor” (y por ende, susceptible de ser sujeto pasivo del daño moral) las personas “físicas o jurídicas” que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

La jurisprudencia, después de unos inicios vacilantes se ha decantado por admitir como sujeto pasivo del daño moral a las personas jurídicas, si bien, puede que motivada por un fondo de justicia material, en el sentido de no dejar sin sanción actuaciones constitutivas de un menoscabo, verbis gratia: daño moral en el nombre comercial. En dicha línea nos encontramos con la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1988⁶¹⁶ y las del Tribunal Supremo 14 de diciembre de 1994⁶¹⁷ y 20 de febrero de 2002⁶¹⁸.

Efectivamente, la jurisprudencia, refiriéndose al reconocimiento de derechos fundamentales, dice que «aunque el honor es valor referible a personas físicas individualmente consideradas, el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación no es patrimonio exclusivo de las mismas»⁶¹⁹. La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Octubre de 2007 afirma que «la persona jurídica puede así ver lesionado su derecho mediante la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la infame o la haga desmerecer en la consideración ajena. En este caso, la persona jurídica afectada, aunque se trate de una entidad mercantil, no viene obligada a probar

⁶¹⁶ STC de 8 de junio de 1988, ponente Eugenio Díaz Eimil (RTC 1988, 107).

⁶¹⁷ STS de 14 de diciembre de 1994, ponente D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa (RJ 1994, 10110).

⁶¹⁸ STS de 20 de febrero de 2002, ponente D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez (RJ 2002, 3501).

⁶¹⁹ STC de 11 de noviembre de 1991, ponente D. Vicente Gimeno Sendra (RTC 1991, 214).

el daño patrimonial a sus intereses, sino que basta constatar que existe una intromisión en el honor o prestigio de la entidad y que ésta no sea legítima»⁶²⁰.

4.8. Los daños presentes y los futuros

Como ya se indicó, los PECL no se limitan a establecer el principio de reparación integral del daño, sino que en su propio articulado realizan una concreción de qué tipos de pérdidas serán resarcidas como daños indemnizables. En concreto, el párrafo segundo de su artículo 9:501, dispone que «*las pérdidas que cubre esta indemnización incluyen:.. (b) futuras pérdidas que se darán previsible y razonablemente*». Tal afirmación nos lleva al análisis de la clasificación o distinción entre los daños presentes y futuros⁶²¹.

En relación a las pérdidas futuras, se indica en el Comentario del artículo 9.501 que «las pérdidas que puede recuperar la parte perjudicada incluyen las pérdidas futuras, esto es, pérdidas que seguramente se producirán después de haberse valorado los daños. Para los tribunales, ello supone estimar dos elementos inciertos: por un lado la probabilidad de que se produzca efectivamente la pérdida y, por otro, su importe»⁶²².

De lo hasta ahora expuesto se puede extraer la definición de los daños presentes y futuros, así como las características de los últimos. Puede afirmarse que para que los daños, ya sean presentes o futuros, resulten indemnizables, tienen que estar en conexión causal con el incumplimiento, por

⁶²⁰ STS de 31 de Octubre de 2007, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2007, 8515).

⁶²¹ Sobre los daños presentes y futuros, *vid.* entre otros: CERDÁ OLMEDO, M., «Responsabilidad civil...», *op. cit.*, pp. 623 a 647; DE CUPIS, A., *El Daño. Teoría...*, *op. cit.*, pp. 320 a 323; Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 373; LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 641, 642 y 645; MOISSET DE ESPANES, L., «Reflexiones sobre el “daño...”», *op. cit.*, pp. 195 a 204; NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, pp. 166 a 169; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, pp. 149 y 150.

⁶²² LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 641.

lo que todos los daños tendrán siempre un origen presente, el incumplimiento⁶²³. Cuándo nos encontraremos ante un daño presente o futuro, dependerá del momento en que dichos daños se pongan de manifiesto⁶²⁴. El problema surge a la hora de fijar cuál sea el momento que determine ante qué tipo de daño nos encontramos. Según el Comentario al artículo 9:501, será el momento en el que se realice la valoración de los daños. Tanto en los PECL como en el DCFR se emplea la expresión «after the time damages are assessed», es decir, después del momento en que los daños y perjuicios hayan sido fijados, valorados o calculados. De tal manera, estaremos ante un daño presente cuando el perjuicio se haya puesto de manifiesto antes o en el mismo momento de la valoración en el procedimiento; por el contrario, estaremos en presencia de un daño futuro, cuando el mismo no se haya puesto de manifiesto en el momento de su valoración, pero resulta razonablemente posible que lo haga con posterioridad. Por tanto, el criterio que los distingue es el momento, antes o después de su fijación, en que entran en escena⁶²⁵.

Debemos realizar una aclaración sobre los requisitos que se le exigen a los daños futuros para que resulten indemnizables, partiendo de lo que consideramos que es un problema de traducción. La versión original en inglés

⁶²³ Como afirma MOISSET DE ESPANES, L., «si deseamos establecer una línea de separación entre el «daño actual» y el «daño futuro», es indispensable determinar previamente en qué momento nos debemos colocar para apreciar los daños y clasificarlos. Deseamos destacar que *todos* los daños son una consecuencia o efecto del hecho generador que los ha causado; la lógica pone de manifiesto que el daño va a ser *posterior* en el tiempo al hecho generador, de manera que por veloz que sea el efecto, a punto tal que parezca «instantáneo», se produce siempre en un momento «futuro», con relación a la causa generadora. Pero no siempre el daño se produce de manera instantánea, sino que -con mucha frecuencia- las consecuencias dañosas se proyectan a lo largo del tiempo, a veces durante períodos bastantes extensos, como sucede en los casos de invalidez permanente. Insistimos, pues, en que si nosotros procurásemos determinar la «actualidad» o «futuridad» del daño con relación al momento de la comisión del hecho generador, todos los daños serían posteriores, es decir, «futuros». Pero, no es éste el momento que tomamos como punto de referencia cuando efectuamos la clasificación de los daños «actuales» y «futuros», «Reflexiones sobre el «daño...», *op. cit.*, p. 198.

⁶²⁴ DíEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 373.

⁶²⁵ Al respecto afirma NAVEIRA ZARRA, M.M., que «la clasificación de los daños en presentes y futuros se lleva a cabo teniendo en cuenta el momento en el que se manifiestan las consecuencias dañosas que derivan de la conducta del responsable», *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, p. 166.

del párrafo segundo letra (b) del artículo 9:501 dice que serán indemnizables «*future loss which is reasonably likely to occur*»⁶²⁶, que ha sido traducido en la versión no oficial española como «*futuras pérdidas que se darán previsible y razonablemente*»⁶²⁷. Por su parte las traducciones realizadas por Díez-PICAZO *et alii* son «pérdida futura que razonablemente se prevea que puede ocurrir»⁶²⁸ y «el daño reparable incluye el daño futuro que, razonablemente, resulta probable que se produzca»⁶²⁹. A ello debe añadirse que el párrafo segundo del artículo III-3:701 del DCFR, de forma especular a los PECL, establece que «*the loss for which damages are recoverable includes future loss which is reasonably likely to occur*»⁶³⁰. Considero que la traducción correcta del requisito que se le debe exigir al daño futuro, para que sea indemnizable, es que sea razonablemente probable que ocurra o se produzca⁶³¹. Se requiere, por ello, que el tribunal evalúe dos incertidumbres: por un lado, la probabilidad de que se produzca la pérdida en el futuro; y por otro, su cuantía. Como sostiene CERDÁ OLMEDO, para que el daño futuro sea indemnizable se exige la concurrencia de dos requisitos: «que se pruebe cumplidamente que su realización es desde ahora cierta y que sea susceptible de evaluación al tiempo que se reclama su reparación»⁶³²; siendo la previsibilidad no un requisito propio del daño futuro, sino una exigencia de conformidad al *test* de previsibilidad, que impera para todo tipo de pérdidas, y por tanto, también para las futuras.

⁶²⁶ LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. 434.

⁶²⁷ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 638.

⁶²⁸ Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 70.

⁶²⁹ Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 373.

⁶³⁰ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and...*, *op. cit.*, p. 915.

⁶³¹ Señalan Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., que «admitir indemnización por el daño futuro ofrece la posibilidad de reclamar la indemnización de un daño que no se ha producido aún en el momento de la indemnización, pero que de acuerdo con criterios razonables, es razonable que se produzca», *op. cit.*, p. 373.

⁶³² CERDA OLMEDO, M., «Responsabilidad civil...», *op. cit.*, p. 624.

Como afirman DÍEZ-PICAZO *et alii*, «la prueba de la existencia del daño se sustituye en este caso por la prueba de la certeza de su futura producción»⁶³³. En similares términos se pronuncia YZQUIERDO TOLSADA, afirmando que «se trata de acometer un juicio de probabilidad o verosimilitud en virtud del cual se viene a establecer la certeza de un efecto que, aun no habiendo ocurrido todavía, la regla de la experiencia común permite augurar que ocurrirá»⁶³⁴.

Como anteriormente hemos afirmado, el problema surge a la hora de fijar cuál será el momento que determine ante qué tipo de daño nos encontramos. Así, algunos autores, han fijado como momento, para diferenciar los daños presentes de los futuros, el de la finalización del procedimiento. En este sentido, YZQUIERDO TOLSADA afirma que «cuando hablamos de “daño presente o actual” y de “daño futuro” el momento del análisis es el de la resolución judicial (o arbitral o por convenio amistoso, en su caso) que decide la efectiva concurrencia de los elementos de la responsabilidad y decide la procedencia del resarcimiento»⁶³⁵. En similares términos, DE CUPIS sostiene que «por daño *presente* se entiende el daño que ya se ha producido, y que, por tanto, existe en el acto, en el instante en que se considera el nacimiento de la responsabilidad. Por daño *futuro*, se comprende aquel que aún no se ha llegado a producir, considerado en tal momento. La distinción adquiere su propio significado en relación con el momento del juicio sobre el daño»⁶³⁶.

Tratando de apartarse de los anteriores autores, MOISSET DE ESPANES, propone como momento que debe ser fijado como punto de referencia «el litigio en su totalidad, desde la demanda hasta la decisión definitiva del juez o Tribunal»⁶³⁷, concluyendo que «serán *daños actuales* los anteriores al litigio, los que ya se habían producido en el momento de entablarse la demanda,

⁶³³ DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 373.

⁶³⁴ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 148.

⁶³⁵ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 148.

⁶³⁶ DE CUPIS, A., *El Daño. Teoría...*, *op. cit.*, p. 320.

⁶³⁷ MOISSET DE ESPANES, L., «Reflexiones sobre el “daño...”», *op. cit.*, p. 199.

brindarse la prueba y dictarse el fallo; y *daños futuros* los posteriores a ese tiempo ideal único que es el pleito»⁶³⁸. Coincidimos con NAVEIRA ZARRA, en la crítica a las afirmaciones de MOISSET DE ESPANES, puesto que «la misma no difiere para nada de aquella otra que toma como punto de referencia el momento de la resolución, ya que según esta última, los daños que se hayan producido durante el devenir del litigio (supongamos un daño no acreditado en la demanda, pero sí en otro momento procesal oportuno posterior, por tanto, antes de la resolución que le pone fin) se considerarán igualmente daños presentes, siempre y cuando sean ciertos y se encuentren debidamente probados. Por ello nos parece que la postura de este autor peca de una artificialidad innecesaria»⁶³⁹.

Siendo el objetivo de los PECL ofrecer una regulación unitaria del Derecho sustantivo de los contratos, resulta complicado determinar cuál será el concreto «after the time damages are assessed» válido para todos los países de la Unión europea, pues cada uno tiene sus propias normas procesales. Fijar a priori un momento como punto de referencia para determinar cuándo estamos ante un daño presente o futuro dependerá de las posibilidades que ofrezcan las leyes procesales de cada sistema jurídico. Interpreto que el espíritu que inspira a los PECL es que el daño para bien o para mal haya podido ser objeto de computación durante el procedimiento, sea en la fase que sea. Debemos concluir que un daño será presente cuando en cualquier momento del iter procesal haya podido ser alegado y probada su existencia; en cambio, estaremos ante un daño futuro, cuando en el procedimiento sólo haya sido posible probar la certeza de su probable producción. En definitiva, el daño presente es un daño en “acto” en alguna fase del procedimiento que no permita su preterición en el momento en el que se fije la cuantía a indemnizar; y el daño futuro es un daño en “potencia”, que todavía no ha desplegado su efectos

⁶³⁸ MOISSET DE ESPANES, L., «Reflexiones sobre el “daño...”», *op. cit.*, p. 200.

⁶³⁹ NAVEIRA ZARRA, M.M., nota a pie de página núm. 214, *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, pp. 166 y 167.

perniciosos para el acreedor, pero resulta razonablemente posible que lo haga con posterioridad⁶⁴⁰.

⁶⁴⁰ Por lo que respecta a nuestro Derecho, la cuestión ha sido analizada de forma detallada y con acierto por NAVEIRA ZARRA, M.M., afirmando que «la calificación de un daño como presente o como futuro debe estar en relación con las posibilidades del demandante de introducir daños en el litigio y, por tanto, en relación con las posibilidades de alegación, petición y prueba que se abren para el actor en el curso del proceso civil. Esta afirmación nos obliga a analizar, ya sea de manera superficial, la regulación que en torno a tales extremos lleva a cabo la LEC 1/2000. Pues bien, de acuerdo con el art. 399 de esta Ley, las alegaciones y peticiones, en el juicio ordinario, habrán de realizarse en la demanda, si bien el artículo siguiente precisa que ello «se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación». Este último precepto nos remite, en consecuencia, al art. 426 de la Ley procesal civil, cuyo mismo título, «Alegaciones complementarias y aclaratorias. Pretensiones complementarias. Hechos acaecidos o conocidos con posterioridad a la demanda y la contestación. Presentación de documentos sobre dichos extremos», es significativo por sí solo de la materia que regula, la cual tiene por objeto permitir la aportación por los litigantes de cualquiera de los extremos enunciados (alegaciones, pretensiones, hechos o documentos) en el acto de audiencia previa al juicio. No obstante, a partir de ese momento sí deviene totalmente imposible la formulación de nuevas alegaciones o pretensiones. Así pues, a la vista de la regulación del proceso civil contenida en la LEC, hemos de concluir que aquellos daños cuya reparación se solicita y que, bien en el momento de presentar la demanda, o bien en el acto de audiencia previa, se hayan materializado ya de manera efectiva merecerán la calificación, a efectos teóricos, de daños presentes. La consecuencia práctica que resulta de dicha calificación es que estos daños han de ser probados en la fase correspondiente, tanto por lo que se refiere a su existencia, como a su cuantía. Por el contrario, aquellos otros perjuicios cuya reparación se ha solicitado por exigir certeza acerca de su materialización, pero que no se han hecho efectivos en ninguno de los momentos anteriores, ya sea en el curso del litigio o después de recaída sentencia, serán considerados como daños futuros. En relación con estos perjuicios habrán de aportarse en los momentos procesales oportunos los datos, alegaciones o documentos que permitan la certeza de su efectiva realización futura. Es preciso destacar que, en coherencia con el requisito de la certeza del daño resarcible, tanto los perjuicios presentes como los futuros han de revestir dicha nota, pues solamente en tal caso podrán ser objetos de reparación. Esta circunstancia exige la prueba, por parte del demandante, de que el daño es cierto, tanto en su existencia, como en su cuantía. Ahora bien, esta nota de la certeza podría vislumbrarse como incompatible con unos daños cuya concreción se hace esperar hasta un momento futuro. Pero si así se considerase y se excluyese, por ello, la exigencia de certeza, se estaría dando pie a demandas de reparación de daños futuros infundables, por cuanto que, de tal manera, podría obtenerse reparación por daños meramente eventuales o contingentes, esto es, inseguros. Precisamente para evitar esta circunstancia se exige la nota de la certeza también en los daños futuros, nota cuya concurrencia, en términos absolutos, habrá de ser apreciada por el juez o Tribunal con base en los conocimientos del caso, en los datos aportados por el actor y en las reglas de la experiencia común. Así las cosas, cuando resulte cierta o segura la producción futura de un daño que tenga su causa en un hecho generador de responsabilidad civil ya acreditada, habrá de acordarse su reparación, sin que sea necesario entablar un juicio posterior al ya planteado. Por el contrario, cuando exista una mera posibilidad de materialización de un daño futuro, faltando el requisito de la certeza, no será posible acordar su reparación en el litigio en curso, aunque ello no obstará para que, concretado con posterioridad el daño que en el momento de formular las pretensiones parecía simplemente eventual, quepa recabar su reparación mediante el planteamiento de un nuevo proceso. Es precisamente por esta razón que, a nuestro modo de ver, la clase de certeza que debe exigirse para la apreciación de los daños futuros no es una

4.8. Los daños directos e indirectos

Una concreción más del principio de reparación integral del daño en los PECL se encuentra en el Comentario a su artículo 9:502⁶⁴¹, que alude, e incluye, como una partida más indemnizable, a las pérdidas indirectas o derivadas, denominadas en el *Common Law* como *consequential loss*⁶⁴². Ello nos sitúa en el análisis de la distinción entre los daños directos e indirectos⁶⁴³.

certeza relativa, como la que se requiere para apreciar el lucro cesante, sino una certeza igual que la exigida con relación a los daños presentes. Y ello porque de existir dudas acerca de la producción de ese daño siempre subsistirá la posibilidad de solicitar su reparación *a posteriori*, una vez que se haya materializado efectivamente y sea, en consecuencia, cierto. En conclusión, no puede relajarse la exigencia de certeza cuándo de daños futuros se trate, aun cuando su determinación exija una cierta reconstrucción de los hechos que han de acontecer, pues esa reconstrucción estará basada, en la mayor parte de los casos, en la circunstancia de que tales perjuicios constituyen una consecuencia o derivación lógica del hecho dañoso, siendo así cierta su futura producción», *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, pp. 167 a 169.

⁶⁴¹ En este sentido afirman Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., que «la fórmula que utilizan los PECL (colocar a la parte perjudicada en la misma posición que tendría si el cumplimiento se hubiera producido), da pie para incluir en la responsabilidad contractual este tipo de daños», *op. cit.*, p. 375.

⁶⁴² «Además de la demanda inicial por la pérdida del negocio en sí (es decir, la pérdida que sufriría en todo caso la parte perjudicada como consecuencia del incumplimiento), el perjudicado puede percibir el importe de aquellas pérdidas que resulten de determinadas circunstancias particulares, siempre que sean previsibles en el sentido del artículo 9:503. En la práctica anglo-americana esas pérdidas se denominan “*consequential loss*” (pérdidas subsiguientes o consiguientes o pérdidas derivadas)», LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 647.

⁶⁴³ Aunque la CISG no se refiere expresamente a los daños indirectos, sí se consideran que son objeto de indemnización. Así STOLL, H., afirma que «any kind of non-performance, be it a complete failure to perform, a delay in performing or a defective performance, may involve additional losses that flow from the particular situation of the promisee and the arrangements he has already made. Consequential losses in this sense are, for example, loss caused by the fact that as a result of the breach of contract the promisee has incurred liability to third persons. If a buyer has not received a delivery from the seller or only defective goods have been supplied and he has agreed to resell those goods, he may then be held liable by this customer for non-performance or for defective performance. Furthermore, typical consequential losses arise where the supply of defective goods impairs the buyer's commercial reputation amongst his customer ('loss of goodwill') or injures his indemnity interest (loss caused by defective goods). The party responsible for the breach is also liable for consequential losses caused by it, provided that at the time of the conclusion of the contract he foresaw or ought to have foreseen them as a possible consequence of the breach of contract», «Commentary Art. 74 a...», *op. cit.*, p. 562.

Por su parte el DCFR en el Comentario al artículo III-3:702 se pronuncia en idénticos términos que los PECL⁶⁴⁴.

De forma muy ilustrativa de a qué tipo de daños nos referimos con la expresión *other loss*, se recoge en los PECL el siguiente supuesto: «B compra una lavadora de oferta al precio de 200 £. Su precio habitual es de 300 £. Debido a un defecto importante en la lavadora, se estropea la ropa que se lavó en ella y que tenía un valor de 50 £. Al devolver la lavadora, B tiene derecho a recuperar el precio que pagó por ella, más 100 £ por perder la oferta y 50 £ por las pérdidas derivadas de todo ello («*consequential loss*»)⁶⁴⁵.

La distinción entre los daños directos e indirectos se efectúa desde el punto de vista de los efectos o las consecuencias del incumplimiento del contrato⁶⁴⁶. De tal forma que son directos los daños que son consecuencia inmediata del incumplimiento, repercutiendo negativamente en el contenido estricto del contrato, produciendo la insatisfacción del interés que llevó al perjudicado a celebrarlo. Por el contrario, los daños indirectos son consecuencia mediata o remota del incumplimiento, perjuicios que derivan del incumplimiento, pero que no responden al interés del acreedor, no lesionan la prestación en sí misma. Los daños indirectos se caracterizan por ser reflejo de los perjuicios irrogados por la lesión del interés expectante del acreedor. Así, siguiendo con el mismo ejemplo que establecen los PECL, la entrega de una

⁶⁴⁴ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and...*, *op. cit.*, p. 924.

⁶⁴⁵ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 647. Similar ejemplo establecen Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., si un «vendedor entrega un animal enfermo, incumpliendo su obligación, hay un daño directo que experimenta el acreedor, al recibir un animal enfermo en lugar de un animal sano. Este daño es la manifestación de la insatisfacción de su interés. Pero si el animal enfermo, además contagia a otros animales del acreedor y todos ellos mueren se está produciendo un daño subsecuente, derivado del incumplimiento», *op. cit.*, p. 375.

⁶⁴⁶ Respecto a la distinción entre los daños directos e indirectos en los PECL, contraponen Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., «entre el daño que directamente implica la insatisfacción del interés expectante, que el cumplimiento del contrato está llamado a cumplir, y otros daños más o menos remotos o consecuentes que se producen por causa del incumplimiento», *op. cit.*, p. 374.

lavadora defectuosa tiene como efecto o consecuencia ulterior el destrozo de las prendas lavadas. Existe una clara relación de dependencia entre la venta defectuosa y los daños posteriores. Lógicamente, para que los daños indirectos resulten indemnizables, como para cualquier otro tipo de daños, tendrán que cumplir los requisitos de la relación de causalidad y la previsibilidad, salvo la excepción prevista para el incumplimiento deliberado o voluntario, y la imposibilidad de su mitigación.

En nuestro Código civil no existe ninguna referencia concreta a los daños indirectos. Han sido la doctrina y la jurisprudencia las que se han ocupado de la cuestión. MONTÉS PENADÉS los define como aquellos «derivados de la inejecución, pero no referidos al valor de la prestación misma, sino a otras consecuencias que se producen en el patrimonio del acreedor por razón de la inejecución, del retraso o de la ejecución defectuosa de la prestación»⁶⁴⁷. Por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la sentencia de 22 de junio de 1979, relativa a la resolución de un contrato de compraventa de un tractor por la falta de entrega del mismo, acuerda la indemnización de los gastos indirectos de su matriculación⁶⁴⁸. La sentencia de 27 de octubre de 1983, en la que el objeto del litigio fue la entrega por la sociedad vendedora, Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos, S.A., de un fuel-oil defectuoso, a la compradora Hidroeléctrica Española, S.A. El uso del fuel-oil suministrado provocó tal efecto contaminante en las fincas colindantes a la central térmica de la sociedad compradora, que motivó que tuviera que pagar una indemnización a los agricultores propietarios de tales fincas por la pérdida de la cosecha de cítricos. En concreto, en su considerando sexto afirma que el pago de la «indemnización satisfecha a los agricultores por los daños ocasionados a sus cosechas... es consecuencia directa de los daños ocasionados con el incumplimiento de los que debe responder la sociedad

⁶⁴⁷ MONTÉS PENADÉS, V.L., «La responsabilidad por incumplimiento», en AA.VV., *Derecho de obligaciones y contratos*, (coordinado por Valpuesta Fernández), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2ª edición, p. 206. *Vid.*, también, entre otros: PASCUAL ESTEVILL, L., *Derecho de daños*, Tomo I, Bosch, 2ª edición, Barcelona, 1995, pp. 315 y 316; SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, pp. 152 a 158; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, pp. 149 y 150.

⁶⁴⁸ STS de 22 de junio de 1979, ponente D. Antonio Sánchez Jáuregui (RJ 1979, 2447).

El daño

demandada». Debe advertirse que, al decir *consecuencia directa*, se está refiriendo a la relación de causalidad, no a que nos encontremos ante daños directos, puesto que según se ha expuesto se trata de daños indirectos.

CAPÍTULO QUINTO: LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y LA DELIMITACIÓN DEL *QUANTUM RESPONDATUR*

1. Introducción
2. La relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño
 - 2.1. *Conditio sine qua non* y teoría de la equivalencia de las condiciones
 - 2.2. Causalidad fáctica e imputación objetiva
3. Los antecedentes del artículo 9:503 de los PECL
 - 3.1. Introducción
 - 3.2. Los antecedentes en los Derechos nacionales
 - 3.2.1. De las fuentes del Derecho Romano a Pothier
 - a) El origen del test de previsibilidad en la Constitución de Justiniano
 - b) La delimitación del *quantum respondatur* en el Digesto
 - c) La cuestión de la extensión de los daños indemnizables en el pensamiento de MOLINEO
 - d) Las aportaciones de DOMAT y POTHIER en la delimitación del test de previsibilidad
 - 3.2.2. La influencia del test de previsibilidad en los Códigos Civiles decimonónicos: especial referencia al artículo 1107 del Código civil español
 - 3.2.3. La recepción del test de previsibilidad en el Common Law
 - 3.3. La consagración del test de previsibilidad en el Derecho Uniforme de la Contratación Internacional
 - 3.3.1. Introducción

3.3.2. La introducción de la regla de la previsibilidad en la ULIS

3.3.3. El test de previsibilidad en la CISG

3.3.4. La influencia de la regla de la previsibilidad de la CISG en los PICC

4. El artículo 9:503 de los PECL: estructura y fuentes inspiradoras

4.1. Su estructura

4.2. Las fuentes en las que se ha inspirado

5. Los criterios de imputación objetiva

5.1. Introducción

5.2. El criterio del «*riesgo general de la vida*» (*Allegemeine Lebensrisiko, general life risks*)

5.3. El criterio de la «*prohibición de regreso*» (*Regressverbot*)

5.4. El criterio de la «*provocación*» (*Herausforderung, provocation*)

5.5. El criterio del «*incremento del riesgo*» o «*criterio de la conducta alternativa correcta*» (*Risikoerhöhung*)

5.6. El criterio del «*fin o ámbito de protección de la norma fundadora de la responsabilidad*» (*Schutzzweck der Haftungsbegründenden Norm, breach of statutory duties*)

5.7. El criterio de la «*adecuación*» (*Adäquanztheorie, foresight test*)

6. La previsibilidad del daño y el deudor ordinario: la delimitación del *quantum respondatur*

6.1. Introducción

6.2. El fundamento de la delimitación del *quantum repondatur* por el test de previsibilidad

6.3. El deudor ordinario

6.3.1. Concepto: delimitación subjetiva de la regla de la previsibilidad en los PECL y el DCFR

6.3.2. Antecedentes normativos.

a) Introducción: la necesidad de indagar en los precedentes normativos

b) La equiparación entre culpa y dolo

c) El deudor de “buena fe” del artículo 1107 CC

6.3.3. Conclusión: el deudor no doloso como beneficiario de la regla de la previsibilidad

6.4. El test de previsibilidad: la delimitación del *quantum respondatur*

6.4.1. Las características del test de previsibilidad en los PECL

6.4.2. Test de previsibilidad e imputación objetiva

7. Los daños indemnizables por el deudor que incumple de forma intencional o con negligencia grave: la extensión del *quantum respondatur*

7.1. Introducción

7.2. El fundamento de la extensión del alcance de los daños objeto de indemnización

7.3. El deudor que incumple de forma intencional o con negligencia grave: alcance de la norma

7.4. El dolo en la fase precontractual

8. El daño imputable al acreedor

8.1. El daño producido por el acreedor

8.2. El deber de mitigar el daño

1. INTRODUCCIÓN

El párrafo primero del artículo 9:501 de los PECL es, como ya se ha indicado, el fundamento normativo de la pretensión de resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor a consecuencia del incumplimiento injustificado. Corresponde al párrafo segundo de dicho artículo y al 9:502 la determinación de qué conceptos o partidas se integran en el daño resarcible. Por su parte, el artículo 9:503, cuyo análisis abordamos en el presente Capítulo, establece hasta dónde se extiende la relación causal a efectos indemnizatorios, en el supuesto de que exista una cadena indeterminada de daños conectados a la infracción obligacional, es decir, el problema de la determinación del *quantum respondatur*.

A los presupuestos o requisitos del incumplimiento injustificado y del daño, ya estudiados, debe unirse un tercer presupuesto para que surja la obligación de indemnizar los daños y perjuicios: el nexo causal. Debe existir un vínculo causal entre el incumplimiento injustificado y el daño.

Este Capítulo tiene como objeto ofrecer una respuesta a los siguientes interrogantes: ¿Cuáles son los daños que el deudor incumplidor ha de indemnizar? ¿De qué consecuencias lesivas debe responder? ¿De qué daños debe considerar un Tribunal que es responsable el deudor que incumple el contrato? ¿En qué daño nos detendremos? En definitiva, solucionar el problema de la delimitación del *quantum respondatur*. También deben tenerse presente, en tanto que limitan el principio de reparación integral del daño, lo establecido en los artículos 9:504, respecto de las pérdidas imputables a la parte perjudicada, y 9:505, relativo al deber del acreedor de mitigar el daño¹.

¹ Al respecto, indica GÓMEZ POMAR, F., en relación a nuestro Derecho, que «la indemnización del interés contractual positivo está sujeta a un triple límite que puede reducir su alcance y su importe: El 1107 CC limita los daños y perjuicios de que debe responder el deudor de buena fe a los previstos o previsibles al constituirse la obligación y que sean consecuencia de su incumplimiento (parecidamente, art. 74 Convención de Viena y art. 9:503 PECL). Una

Comenzaremos por el estudio del nexo causal, que se encuentra explícitamente contenido en el tenor literal del párrafo primero del artículo 9:501 al disponer que «*la parte perjudicada tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios respecto de las pérdidas sufridas a consecuencia del incumplimiento de la otra parte*». Como se justificará, el término “consecuencia”, como manifestación de la causalidad fáctica entre el incumplimiento y el daño, no resuelve, además no es su misión, el problema del *quantum respondatur*. En principio, no todo daño causado es daño resarcible, si bien, para que un daño sea indemnizado debe encontrarse en unión causal con el incumplimiento, pero tal vínculo causal por sí solo no determina su indemnización. Una vez superado el juicio de la vinculación causal fáctica, entra en acción el artículo 9:503²: «*la parte que incumple sólo responde de las pérdidas que haya previsto o que hubiera podido prever*

regla similar se encuentra en los restantes códigos latinos (el francés y el italiano, señaladamente) y en el *Common Law* (la regla de la venerable sentencia *Hadley v. Baxendale*, “*a fixed star in the jurisprudential firmament*” en palabras de Grant Gilmore). Excepción acusada la tenemos en el derecho alemán, en el que tal límite se reemplaza por un deber de advertencia (cumplimentable post-contrato, pero siempre antes del incumplimiento) del daño extraordinario. La concurrencia o compensación de culpas, que permite reducir el importe indemnizatorio en atención a las culpas concurrentes de incumplidor y víctima es también empleado por el TS en la determinación de los daños contractuales, y no sólo en el ámbito extracontractual (SSTS, 1ª, 15.1.2000, 6.11.2003 y 20.5.2004). Por otra parte, el contratante afectado por el incumplimiento tiene el deber de mitigar los daños que el contratante le ha causado con su incumplimiento (arts. 77 Convención de Viena y 9:505 PECL). En la jurisprudencia española, SSTS, 1ª, 15.11.1994, 28.1.2000 y 23.5.2005», «El incumplimiento contractual en el Derecho Español», *InDret* 3/2007, (w.w.w.indret.com), pp. 22 y 23.

² Sobre el art. 9:503 de los PECL en la doctrina española, entre otros, *vid.*: Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 377 y 378; MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios», en AA.VV., *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, (editores Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 467; NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento de daños en los Principios de Derecho de los Contratos (Con especial referencia al Derecho español)», *Actualidad Civil*, 2000, pp. 1235 a 1262; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho contractual europeo: incumplimiento y remedios», en AA.VV., *Europa y los nuevos límites de autonomía privada*, (Juan Miguel Ossorio Serrano ed.), Universidad de Granada, 2005, p. 90; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «La moderna regulación de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual en el nuevo Derecho de la contratación: El triángulo de las Bermudas», *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, (dir. Klaus Jochen Albiez Dohrmann, coords. Mª Luisa Palazón Garrido y Mª del Mar Méndez Serrano), Atelier, Barcelona, 2011, pp. 468 a 470; SOLER PRESAS, A., «La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR», *InDret Barcelona Mayo de 2009*, (w.w.w.indret.com), pp. 5 a 8.

razonablemente en el momento de la conclusión del contrato como consecuencia lógica de su incumplimiento, salvo que el incumplimiento sea deliberado o gravemente negligente»³. Este artículo tiene como misión determinar la extensión de la obligación de indemnizar, delimitar el *quantum respondatur*. Aborda el problema de la imputación objetiva⁴, es decir, cuáles de los eventos dañosos causalmente vinculados al incumplimiento del deudor serán resarcidos y cuáles no. En definitiva, la imputación objetiva tiene como finalidad, atribuir al deudor, a su patrimonio, las consecuencias lesivas de su incumplimiento⁵.

³ En similares términos se ha pronunciado el art. III-3:703 del DCFR: «*The debtor in an obligation which arises from a contract or other juridical act is liable only for loss which the debtor foresaw or could reasonably be expected to have foreseen at the time when the obligation was incurred as a likely result of the non-performance, unless the non-performance was intentional, reckless or grossly negligent*». Si bien la regla de la previsibilidad del DCFR coincide con la de los PECL, se aprecian en su tenor literal dos diferencias respecto a los mismos. Con la expresión «*other juridical act*» extiende su ámbito de aplicación no sólo a la responsabilidad que deriva del incumplimiento de los contratos, sino también a declaraciones o acuerdos que pretendan producir efectos jurídicos. Por otro lado, amplía la exclusión del test de previsibilidad al deudor que incumple por imprudencia. En el DCFR se emplean las expresiones «*was intentional, reckless or grossly negligent*», por el contrario, en la versión inglesa de los PECL se excluye al deudor que incumple por «*intentional or grossly negligent*». Estas dos diferencias serán analizadas con detenimiento cuando tratemos la recepción del test de previsibilidad en los PECL. Por último, debe hacerse una precisión de traducción: en la versión española de la obra LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, Edición: Ole Lando y Hugh Beale, (Edición española a cargo de Barres Benlloch P., Embid Irujo J.M. y Martínez Sanz F.), Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, se traduce el art. 9:503 como «*las pérdidas que haya previsto o que hubiera podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato como consecuencia lógica de su incumplimiento*»; en cambio, en el DCFR se dice «*was incurred as a likely result of the non-performance*». ¿Es lo mismo consecuencia lógica que *likely result*? Además de que considero que la respuesta debe ser negativa, no deja de ser un desliz de traducción, puesto que en la versión inglesa de los PECL se habla también «*likely result*», que debe ser traducida como “consecuencia o resultado probable”, con lo que además de evitarse tal vez un problema, resulta dicha expresión acorde con la empleada en la CISG.

⁴ Aunque resulta obvio, debe aclararse, como afirma PANTALEÓN PRIETO, F., «que “imputación objetiva” no tiene nada que ver con “responsabilidad objetiva”. La imputación objetiva (*imputatio facti*) del daño es un escalón previo a la imputación subjetiva (*imputatio iuris*) del hecho dañoso al responsable, bien con base en el criterio “subjetivo” de la culpa, bien en el criterio “objetivo” del riesgo», «Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación», en AA. VV., *Centenario del Código Civil, Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Tomo II, Madrid, 1990, nota al pie núm. 3, p. 1562.

⁵ Al respecto señala SÁNCHEZ ARISTI, R., que «lo que se precisa son criterios con los que llevar a cabo un proceso de selección causal, y así poder concluir cuáles, de entre todas las consecuencias dañosas necesariamente conectadas con el incumplimiento, son realmente

Como se ha dicho, el artículo 9:503 aborda la cuestión de la imputación objetiva del daño al deudor que incumple, debiendo distinguirse dos niveles o grados de imputación. No obstante lo anterior, debe advertirse que los PECL sólo contemplan expresamente el criterio del test de previsibilidad, siendo los demás criterios de imputación objetiva atraídos al ámbito de la responsabilidad contractual mediante la expresión “likely result”. Por orden cronológico, en un primer nivel operarían los criterios de imputación objetiva propiamente dichos, a saber: el riesgo general de la vida, la prohibición de regreso, la provocación, el incremento del riesgo, el fin de protección de la norma fundadora de la responsabilidad y la adecuación. Y, en un segundo nivel, una vez superado el anterior, el test de previsibilidad, que si bien no es más que una específica concreción del criterio de imputación objetiva del fin de protección de la norma fundadora de la responsabilidad, es el único criterio que se encuentra explícitamente comprendido en los PECL. Debe advertirse que este segundo nivel de imputación, o de limitación de los daños resarcibles, sólo opera respecto del deudor ordinario⁶, o lo que es lo mismo, del deudor cuyo incumplimiento no puede calificarse de intencional o deliberado y de negligencia grave. La exclusión del test de previsibilidad para aquellos deudores que de forma intencional o deliberada, o con negligencia grave, incumplan el contrato, no contradice que en los PECL nos encontremos ante un sistema de responsabilidad objetiva, sino que la conducta del deudor ante el incumplimiento se toma en cuenta, siempre dentro de los daños objetivamente imputables, para extender la relación causal a efectos de la indemnización. En otros términos, tales deudores no se verán favorecidos por la limitación de la indemnización a los daños previstos o previsibles.

De una interpretación conjunta del párrafo segundo del artículo 9:501 y del artículo 9:502 con el 9:503, se llega a las mismas conclusiones que,

imputables al deudor», «Comentario a los artículos 1.101 a 1.107», en AA. VV., *Comentario al Código Civil*, (coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1292.

⁶ La opción por la denominación de deudor ordinario la justificaremos cuando abordemos esta cuestión en el epígrafe 6º en relación a los PECL.

respecto a los artículos 1106 y 1107 CC, señala CARRASCO PERERA afirmando que «el artículo 1.107 es una determinación de la serie de daños imputables al deudor. Dentro de esta serie es donde actúa el artículo 1.106, estableciendo que, dentro del límite del daño imputable, rige la regla de indemnización de todo daño emergente o lucro cesante (full damages rule). Mientras el artículo 1.106 describe las partidas del daño resarcible, el artículo 1.107 delimita la serie causal de los mismos. La norma del artículo 1.107 es lógicamente de comprensión previa a la del artículo 1.106»⁷. De lo anterior deriva que el artículo 9:503 no suponga una quiebra del principio de reparación integral del daño, que, al igual que en nuestro Derecho, también está vigente en los PECL, sino que dicho principio debe ser entendido en el sentido que, dentro de los daños objetivamente imputables a la falta de cumplimiento en cualquiera de sus manifestaciones, rige la plena indemnización del daño emergente y del lucro cesante⁸.

⁷ CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101 a 1107 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dirigido por Manuel Albaladejo), Tomo XV, Volumen 1º, Edersa, 1989, Madrid, p. 668. En el mismo sentido, entre otros, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Comentario a los artículos 1106 y 1107 del Código civil», *Comentarios al Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 45 y 46.

⁸ La necesidad de delimitación del principio de reparación integral del daño la justifica SOLER PRESAS, A., señalando que «en todos los ordenamientos jurídicos consultados se afirma con rotundidad la vigencia del principio del resarcimiento íntegro, sin que ello sea óbice para que, a su vez, se considere imprescindible delimitar en virtud de criterios jurídicos la extensión del daño que haya de ser «íntegramente» resarcido. Esta imperiosa necesidad de encorsetar la cuantía del resarcimiento no es, desde luego, novedosa. A los efectos que aquí interesan, y puesto que el análisis de los orígenes de los diversos criterios de delimitación ya han sido tratados por estudiosos más que solventes, nos limitaremos a resaltar que la mencionada necesidad se hizo sentir de forma especialmente acuciante coincidiendo con la era de la llamada revolución industrial -segunda mitad del siglo XIX-, época en la que se definieron los criterios aún hoy vigentes y a la que hemos de remontarnos para dilucidar la finalidad perseguida por los mismos. Situados en este contexto, es fácil comprender por qué resultaba de vital importancia la clara determinación de los criterios de delimitación del *quantum respondatur*. La razón no es otra sino la presión ejercida por la clase social entonces dominante que, detentando los medios de producción, únicamente aceptaba emplearlos en el desarrollo de las nuevas e inciertas empresas que las nuevas tecnologías permitían acometer si se le garantizaba, en la medida de lo posible, que los riesgos inherentes a las mismas se mantendrían dentro de unos parámetros razonables o, mejor, asumibles. La concreción de los criterios de delimitación del resarcimiento devino así en presupuesto necesario para el correcto cálculo de los costes reales que las nuevas suponían y, consecuentemente, para el logro de una provechosa distribución de los recursos económicos», *La Valoración del Daño en el Contrato de Compraventa*, Aranzadi Editorial, Navarra, 1998, pp. 37 y 38.

De lo hasta ahora expuesto, debe concluirse que, una vez constatada la existencia de un incumplimiento injustificado y la producción de daños, se deben realizar, en orden a la atribución de las consecuencias lesivas del incumplimiento y sus límites al patrimonio del deudor, tres juicios sucesivos: el juicio de causalidad fáctica o vínculo causal, el de imputación objetiva y el del test de previsibilidad.

Si hasta aquí habíamos enunciado tres presupuestos o requisitos para el nacimiento de la pretensión resarcitoria -incumplimiento injustificado, daño y nexo causal-, corresponde ahora añadir dos más: la imputabilidad al deudor del daño sufrido por el acreedor y la previsibilidad del daño⁹.

2. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE EL INCUMPLIMIENTO Y EL DAÑO

2.1. *Conditio sine qua non* y teoría de la equivalencia de la condiciones

Como se ha afirmado, la pretensión indemnizatoria exige la existencia de un nexo causal, de una relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño, ya que de la función resarcitoria de la indemnización deriva que sólo se han de indemnizar los daños y perjuicios que constituyan una consecuencia del incumplimiento.

En un primer intento en la búsqueda de un criterio que solucionara el problema de la relación de causalidad, la cuestión de qué patrimonio debe responder de los daños derivados del incumplimiento del contrato y hasta qué

⁹ En similares términos, pero en relación a nuestro Derecho, afirma OLIVA BLÁZQUEZ, F., que «hay que determinar si concurren o no los requisitos necesarios para reconocer la responsabilidad contractual por este tipo de daños, a saber: incumplimiento imputable, daño, relación de causalidad entre incumplimiento y el daño, imputabilidad al deudor del daño sufrido por el acreedor y previsibilidad del daño», «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Mayo-Agosto 2009, número 80, p. 617.

daño, se acudió, como se indicará, de manera errónea, a la teoría de la equivalencia de las condiciones¹⁰, ya sea como señala PANTALEÓN PRIETO «bien bajo la fórmula de la *condicio sine qua non*, bien bajo la fórmula de la condición ajustada a las leyes de la experiencia científica»¹¹.

La teoría de la *condicio sine qua non*¹² se formula tratando de determinar si un suceso concreto¹³, en sede contractual, el incumplimiento del contrato, es

¹⁰ Sobre la relación de causalidad fáctica entre el incumplimiento y el daño, consultar, entre otros: CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, pp. 730 a 734; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 334 a 338; GIL RODRÍGUEZ, J., «Responsabilidad por incumplimiento», en AA. VV., *Manual de Derecho Civil. II Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil y Teoría general del contrato*, (autores Lluís Puig I Ferrol, María del Carmen Gete-Alonso y Calera, Jacinto Gil Rodríguez y José Javier Hualde Sánchez), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., segunda edición, Madrid, 1998, p. 308; INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños: Nexos de causalidad y «causas hipotéticas»*, Tirant Monografías, Valencia, 2002, pp. 141 a 149; LLAMAS POMBO, E., «Comentario a los artículos 1.096 al 1.109 del Código Civil», en AA. VV., *Jurisprudencia Civil Comentada, Código Civil*, Tomo II, (dirigido Miquel Pasquau Liaño), Comares, Granada, 2000, pp. 1825 y 1826; OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008...», *op. cit.*, p. 623; PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, pp. 1561 a 1565; SALVADOR CODERCH, P., FERNÁNDEZ CRENDE, A., «Causalidad y responsabilidad», tercera edición, *InDret 1/2006*, (w.w.w.indret.com), pp. 3 a 7; SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, pp. 40 y 41; XIOL RÍOS, J.A., «Criterios de imputación en la responsabilidad contractual», *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXV, Número 2132, Junio de 2011, pp. 5 y 6; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 187 a 190.

¹¹ PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, p. 1561. En nota al pie núm. 1 de la página citada justifica dicho autor el empleo del término *condicio*, indicando que escribe «*condicio* y no, como muchos autores españoles y extranjeros, *conditio*, porque aquella es la forma correcta en latín clásico, en el que “condición” era *condicio*, -onis, mientras que *conditio*, -onis significaba “fundación” o “creación” (del verbo *condo*, is, -ere, *didi, ditum*; *post Roman conditam*: después de la fundación de Roma)».

¹² Indica Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., que la teoría de la *condicio sine qua non* «fue forjada, especialmente para el Derecho penal, por VON BURI en 1855 y parece haber recibido la influencia de las ideas relativas a los métodos científicos, especialmente de JOBS y de S. MILL. Es científica, porque rompe con cualquier connotación teológica o metafísica y establece un examen de los fenómenos en sí mismos considerados. Cuando un resultado aparece tras un conjunto de condiciones, el método experimental exige suprimir mentalmente o empíricamente cada una de ellas. En este sentido, causa es la condición *sine qua non* del daño, es decir aquél de los elementos o de las condiciones, que, si hubiera faltado el resultado dañoso no se hubiera producido. Si se quita la causa, desaparece la consecuencia (*sublata causa tollitur effectus*)», *Derecho de...*, *op. cit.*, p. 334. *Vid.*, también YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, pp. 188 y 189.

¹³ En este sentido afirma Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., que «sólo hay que diferenciar entre condición *sqn* y las demás, es decir, aquéllas que si son mentalmente

la causa condición del daño producido. En palabras de INFANTE RUIZ, se consideraría «causa de un resultado toda condición que no puede ser suprimida en mente sin que desaparezca el resultado concreto. Por consiguiente, no se realiza ninguna selección causal, entre las innumerables condiciones de cualquier resultado, sino, por el contrario, se consideran equivalentes todas las condiciones. De ahí que también se la conozca como teoría de “equivalencia de las condiciones”. En tal sentido, se suele decir que, cuando el movimiento corporal no puede ser suprimido *in mente* sin que desaparezca la producción de un resultado, existe relación causal entre aquél y éste. El método a seguir por el juzgador será el siguiente: debe colocar un proceso causal hipotético en vez del que se ha producido realmente y preguntarse: ¿Qué habría sucedido si el agente no hubiera actuado? Si A conduciendo imprudentemente invade la acera y atropella a B que tranquilamente paseaba por allí, causándole importantes lesiones, debemos examinar qué es lo que hubiera sucedido (hipotéticamente) si A no hubiese ejecutado su acción; como B entonces no habría sucedido las lesiones, queda demostrado con ello que el hecho de A ha sido la causa de las lesiones»¹⁴.

En definitiva, la teoría de la *conditio sine qua non*, entiende que las condiciones son todas ellas equivalentes, y que no cabe hacer distinciones; todas las condiciones son indispensables, y si faltase una, el suceso no habría acaecido. Cada una de las condiciones puede ser considerada al mismo tiempo como causa de todo el desenlace. Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2008 afirma que «mediante la aplicación de la regla de la "conditio sine qua non", conforme a la que toda condición, por ser necesaria o indispensable para el efecto, es causa del resultado; y la de la “equivalencia de condiciones”, según la cual, en el caso de concurrencia de varias, todas han de ser consideradas como iguales en su influencia causal si, suprimidas imaginariamente, la consecuencia desaparece también»¹⁵.

suprimidas, el resultado sigue produciéndose. Causa es, de esta manera, toda condición sin la cual el efecto no se habría producido», *Derecho de...*, *op. cit.*, p. 334.

¹⁴ INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 142.

La asunción de la *condicio sine qua non* se ha manifestado excesiva e insuficiente, al no solucionar determinados grupos de casos¹⁶.

Respecto a lo excesivo de sus postulados, señala YZQUIERDO TOLSADA que «no ya sólo desde el punto de vista filosófico, sino, y sobre todo, desde el propiamente jurídico, pues, al hacer responsable a la persona de todas las consecuencias, se llega a conclusiones que la propia razón no puede admitir. Así, por ejemplo, de la negligencia del médico al tratar una lesión, podría responder también el propio causante de ésta; el caso fortuito no serviría tampoco como eximente; la culpa del propio perjudicado tampoco tendría relevancia para mitigar la responsabilidad, etc. Y es que no es precisamente lo mismo *causa* que *ocasión*»¹⁷.

¹⁵ STS de 9 de octubre de 2008, ponente D. José Ramón Ferrándiz Gabriel (RJ 2008, 6042).

¹⁶ Lo que lleva a INFANTE RUIZ, F.J., entre otros, a afirmar que «la adopción de esta sintética fórmula pronto acarrió diversos problemas de sobra conocidos (*regressus ad infinitum*, y que no se aprehende de forma inmediata la relación de causalidad, sino que la *presupone lógicamente*, pues sólo cuando ya se sabe que existe relación de causalidad entre la causa y el resultado puede decirse que sin la causa tampoco se hubiera producido el resultado)», *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 142.

¹⁷ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 190. En este sentido, resulta muy gráfico en el ejemplo que expone en la p. 187 de la misma obra citada, sobre una noticia de prensa en la que se lee: «*Un perro cae al vacío y provoca varias muertes consecutivas*. Una cadena de sucesos trágicos se sucedió en el barrio bonaerense de Caballito a partir del momento en que un perro cayó accidentalmente desde un tercer piso. “Cachi”, que así se llama el animal, fue a golpear en la cabeza de Marta Fortunata, de setenta y cinco años de edad, que caminaba despreocupada por el lugar. Como consecuencia del impacto, la anciana murió de forma instantánea. Seguidamente, una rueda de curiosos se comenzó a formar en torno al cadáver. El corro desbordó pronto la acera y comenzó a ganar parte a la calzada, donde el tráfico se desarrollaba a gran velocidad. En ese momento, un autobús alcanzó de lleno a Edith Solá, de cuarenta y seis años, quien murió en el lugar después de haber sido arrastrada varios metros por el vehículo. Cuando el estupor de los presentes ante este nuevo y trágico suceso no había desaparecido, frente al escenario de los hechos, un hombre que no fue identificado sufrió un ataque cardíaco y murió minutos después, en el interior de la ambulancia que lo trasladaba a un hospital». Si este trágico suceso de la vida real fuera sometido a un Tribunal que siguiera en exclusividad los enunciados de la *condicio sine qua non*, no tendría otra solución que hacer responsable al propietario del perro de los trágicos daños que produjo. También resulta muy ilustrativo del exceso al que nos podría llevar la *condicio sine qua non*, el ejemplo de GOLDENBERG, I., «a causa de un esclavo la herradura se perdió, a causa de la herradura el caballo se perdió, a causa del caballo el jinete se perdió, a causa del mensaje la batalla se perdió, a causa de la batalla, la guerra se perdió, a causa de la guerra el Imperio se perdió, a causa de un esclavo el Imperio se perdió», *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 123.

La *condicio sine qua non* no ofrece soluciones satisfactorias respecto a siguientes grupos de casos: a) Los casos de causalidad concurrente o cumulativa. Se da en los supuestos en que concurren dos cursos causales independientes produciendo simultáneamente el mismo resultado dañoso, de forma que cualquiera de los cursos causales tiene entidad suficiente para generar el mismo daño. Un ejemplo sería el del empleado que es despedido de la fábrica donde trabaja, y en represalia acude por la noche a la misma y le prende fuego, y, a los pocos minutos, como consecuencia de un rayo que impacta en la fábrica, se produce otro incendio. Al resultado, la fábrica ha quedado totalmente carbonizada, se ha llegado por dos cursos causales distintos, el intencionado por el despedido ex empleado y por el caso fortuito del rayo¹⁸. De forma que si mentalmente suprimimos cualquiera de ellos, hubiéramos tenido idéntico final¹⁹. b) Los supuestos de causalidad hipotética, en los que existe una primera causa del daño o causa real y otra causa reserva, que, de no ser por la primera, también hubiera producido el mismo resultado²⁰. PANTALEÓN PRIETO cita un ejemplo de ENGISCH: «al padre de la víctima asesinada se le permite presenciar la ejecución del asesino de su hijo;

¹⁸ Cita INFANTE RUIZ, F.J., cómo se solucionó en Estados Unidos, ante las deficiencias de la *condicio sine qua non* (but for test), un supuesto similar de causalidad cumulativa, indicando que «la Corte de Minnesota en el célebre caso *Anderson v. Minneapolis St. P. & S.S.M.R.Co, Minnesota, 1920* (dos incendios son causados culposamente e independientemente concurren a la producción del daño, pero cada uno de ellos habría sido suficiente para provocarlo), abandonó el *but for test* por una regla más amplia, que ha sido generalmente aceptada en los EE.UU. En virtud de esta última regla, denominada, *substantial factor rule*, la conducta del demandado es causa del evento dañoso si fue un *elemento material* y un *factor sustancial* en su causación. Esta regla, sin embargo, no puede ser denominada “test” según entiende la más autorizada doctrina, pues no es más que una corrección al llamado *but for test*, para este especial grupo de casos en los que falla», *La Responsabilidad por Daños...*, op. cit., p. 148.

¹⁹ Sobre la causalidad concurrente o cumulativa, también denominada doble o adicional, vid., entre otros: PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», op. cit., pp. 1561; INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, op. cit., p. 143 y SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, op. cit., p. 41.

²⁰ Sobre la causalidad hipotética, vid., entre otros: PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», op. cit., pp. 1562; INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, op. cit., p. 143 y SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, op. cit., p. 41.

consigue aproximarse a hurtadillas al patíbulo y, en el momento decisivo, aprieta el botón -en vez del verdugo, al que aparta en el mismo instante- a fin de vengar por su propia mano la muerte de su hijo»²¹.

Como se puede deducir, si aplicamos a cualquiera de los dos grupos de casos anteriores los enunciados de la *condicio sine qua non*, llegaríamos a soluciones difícilmente asumibles. ¿Habría que eximir de responsabilidad al vengativo empleado porque de todas formas la fábrica hubiera ardidido? ¿No habría cometido un delito el desconsolado padre que pulsa el botón del asesino de su hijo? La respuesta es clara: no sería sensato dejar ambas actuaciones impunes bajo la excusa que, de todas formas, se hubiera producido el daño. Como señala INFANTE RUIZ para estos grupos de casos, «si se suprime *in mente* el proceso causal que ha tenido lugar realmente y se sustituye por uno hipotético, se llega a la conclusión de que el resultado se habría producido en todo caso. La pregunta que surge inmediatamente es la siguiente: ¿Se podrá negar aquí la relación de causalidad sobre la base de la teoría de *la condicio sine qua non*?». ²²

Con la intención de superar los problemas que plantea la teoría de *la condicio sine qua non*, postuló ENGISCH una corrección de la misma mediante la fórmula de la condición ajustada a las leyes de la experiencia científica.²³ La misma niega la existencia de causalidad cuando no existe certeza científica que ratifique que de esa acción u omisión deriven tales daños. Por tanto, existirá causalidad cuando quede acreditada que «si a una acción se han vinculado modificaciones en el mundo exterior subsiguientes en el tiempo, que estaban unidas con la acción según las leyes [naturales] y que se presentan como resultado típico»²⁴.

²¹ PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, p. 1562.

²² INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 143.

²³ ENGISCH, K., *Die Kausalität als Merkmal strafrechtlicher Tatbestände*, Tübingen, 1931.

²⁴ ENGISCH, K., *Die Kausalität als...*, *op. cit.*, p. 21. La traducción es de INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 145. Tales afirmaciones han llevado como indica INFANTE RUIZ, F.J., a sostener que «el nexo de causalidad entre la conducta y el resultado

Del estudio de la *condicio sine qua non*, corregida mediante la condición ajustada a las leyes de la experiencia científica, así como de la regla parecida denominada *but for test* del Derecho angloamericano²⁵, corregida por la *substantial factor rule*, concluye INFANTE RUIZ, con el que coincidimos, que «la “condición ajustada a las leyes de la experiencia científica” nos llevará, particularmente, a no negar el nexo causal en los cursos causales alternativos hipotéticos...de suerte que la “causa real” resultará la condición que conforme a las “leyes causales generales” sea el “factor material” del daño. Por consiguiente, es necesario un ulterior paso, para negar o no la responsabilidad del sujeto agente en estos casos, y éste no es otro que la tan anunciada “imputación objetiva”»²⁶.

Las críticas recibidas por la teoría de la equivalencia de las condiciones llevaron a la doctrina, como señala DíEZ-PICAZO, a realizar «una valoración de las condiciones, no equivalentes entre sí para poder saber cuál ha de ser en

concreto debe darse por establecido, si, dada la ley de «eventos del tipo C + K que vienen regularmente sucedidos por un evento del tipo R», el resultado, la conducta y las demás circunstancias concomitantes pueden reconducirse respectivamente a R, C y K», *La Responsabilidad por Daños...*, op. cit., p. 145. En el mismo sentido, también acudiendo a las leyes de la experiencia científica matiza SOLER PRESAS, A., la teoría de la equivalencia de las condiciones, señalando que resulta «preferible enunciarla considerando si dos eventos del tipo C y K vienen regularmente sucedidos por un resultado del tipo R, el nexo causal entre la conducta y el resultado debe considerarse establecido si dichos resultado, conducta y circunstancias concomitantes pueden reconducirse, respectivamente, a R, C y K. En definitiva, parece conveniente matizar la teoría de la equivalencia atendiendo a las leyes de la experiencia científica o a criterios de regularidad causal, pues sólo así podremos predecir, en cierto modo, el curso de los acontecimientos, predicción que impide el enunciado tradicional de la *condicio* al limitarse a confirmar una relación causa-efecto cuando ya sea patente, esto es, cuando ya se sabe que la conducta C ha influido en el resultado R», *La Valoración del...*, op. cit., p. 41.

²⁵ En relación a la teoría denominada *but for test*, según INFANTE RUIZ, F.J., «un acto u omisión no es contemplado como causa de un evento si el particular evento hubiera ocurrido sin él. A nivel jurisprudencial se expresa del siguiente modo: “la conducta del demandado es causa del evento si éste no hubiese ocurrido sin esa conducta; viceversa, la conducta del demandado no es causa del evento, si éste hubiera ocurrido incluso sin ella”. Este test sirve para explicar el mayor número de casos, pero, según señala la doctrina, hay un grupo de casos en los que falla: si dos causas concurren a causar un evento, y cualquiera de ellas, operando por sí sola, habría sido suficiente para causar idéntico resultado, se necesitaría algún otro test», *La Responsabilidad por Daños...*, op. cit., pp. 147 y 148.

²⁶ INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, op. cit., p. 149.

cada caso la causa del daño»²⁷. Así surge la teoría de “la causa próxima”, según la cual se le debe otorgar relevancia a la causa inmediata o más próxima en el tiempo, sin necesidad de remontarse a las demás causas que son consideradas excesivamente distantes o alejadas (*too remote*)²⁸. Si bien la causa próxima puede resultar válida para algunos supuestos, también se le ha criticado, con acierto, que plantea principalmente dos problemas, ya que «a la dificultad de establecer cuál ha sido la condición última en un suceso, se añade que no siempre el antecedente temporal más próximo en la cadena causal es el determinante»²⁹. De las críticas a la teoría de la causalidad próxima surge la de la causalidad adecuada, que será objeto de estudio pormenorizado junto con los demás criterios de imputación objetiva³⁰.

2.2. Causalidad fáctica e imputación objetiva

El recorrido realizado en la búsqueda de una acertada teoría de la causalidad ha llevado a la doctrina y a la mejor jurisprudencia a la conclusión de que en el fondo se encuentran dos cuestiones diferentes, una fáctica y otra jurídica; como señala YZQUIERDO TOLSADA, una *quaestio facti*, en relación a la causalidad, y otra, *quaestio iuris*, respecto de la imputación objetiva³¹.

Como afirma en nuestra mejor doctrina PANTALEÓN PRIETO³², «el problema de la existencia o no de nexo de causalidad entre la conducta del

²⁷ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de...*, op. cit., p. 335.

²⁸ Sobre la causalidad próxima, *vid.*, entre otros a: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de...*, op. cit., pp. 337 y 338; SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, op. cit., pp. 41 y 42 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, op. cit., pp. 190 y 191.

²⁹ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, op. cit., p. 191.

³⁰ Sobre la causalidad adecuada, *vid.*, entre otros a: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de...*, op. cit., pp. 338 y 340; SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, op. cit., p. 42 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, op. cit., pp. 191 a 193.

³¹ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, op. cit., p. 193.

³² PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», op. cit., pp. 1561 y 1562.

posible responsable y el resultado dañoso -lo que los anglosajones llaman *causation in fact*- no debe ser en modo alguno confundido con el problema radicalmente distinto, de si el resultado dañoso, causalmente ligado a la conducta en cuestión, puede o no ser “puesto a cargo” de aquella conducta como “obra” de su autor, de acuerdo con los criterios establecidos al efecto por el legislador, o deducidos por el operador jurídico de la estructura y función de las normas de responsabilidad corrientes. No debe ser en modo alguno confundido, en suma, con el problema de si el resultado dañoso es o no *objetivamente imputable* a la conducta del demandado -lo que se ha llamado, en forma muy imprecisa, “causalidad jurídica” (la *causation in law, legal causation o remoteness of damage* de los anglosajones) y lo que la doctrina alemana, con más precisión, denomina *objektive Zurechnung*»³³.

De las afirmaciones de PANTALEÓN PRIETO se extraen que las deficiencias que se le han criticado a la teoría de la equivalencia de las condiciones deriven de que se buscaba en ella soluciones no conformes con su finalidad³⁴, puesto que el nexo de causalidad tiene como misión determinar la existencia de la conexión entre el incumplimiento y el daño, y, por tanto, nos encontramos ante una cuestión puramente de hecho. Por el contrario, la función de la imputación objetiva es delimitar cuáles de las consecuencias dañosas causalmente vinculadas al incumplimiento serán puestas a cargo del patrimonio del incumplidor, lo que entraña un juicio posterior al de la

³³ En el mismo sentido se han pronunciado, entre otros: GIL RODRÍGUEZ, J., «Responsabilidad por...», *op. cit.*, p. 308; INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, pp. 149 y 150; SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 40 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, pp. 193 y 194.

³⁴ Lo que le llevó a afirmar en relación a la distinción entre el nexo causal y la imputación objetiva que «desgraciadamente, tan importante distinción no suele encontrarse en los civilistas españoles quienes, en consecuencia, rechazan hoy mayoritariamente la teoría de la equivalencia de las condiciones como vía correcta para la determinación de la relación de causalidad. No podía ser de otra forma: si las cuestiones de causalidad en sentido propio no se diferencian de las de imputación objetiva, es claro que aquella teoría no puede ser aceptada, porque conduciría a una indeseable, por ilimitada, extensión de la responsabilidad. Cuando lo cierto es que la dificultad surge al pretender utilizar la teoría de la equivalencia de las condiciones, o la fórmula de la *condicio sine qua non*, en algo para lo que no sirven ni han servido nunca: para determinar los límites de imputación objetiva de las consecuencias dañosas a la conducta del responsable», PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, p. 1565.

vinculación causal. El nexo de causalidad, al ser una cuestión de hecho, no puede ser modulable por el legislador; en cambio, los criterios de imputación objetiva, al ser una cuestión jurídica, sí responden a decisiones de orden jurídico³⁵.

Continuando con las afirmaciones de PANTALEÓN PRIETO, que tiene el mérito de haber introducido en nuestra doctrina civil esta metodología³⁶, nos indica que «el Derecho no puede sino partir del concepto de causalidad propio de la Lógica y de las Ciencias de la Naturaleza: la llamada “concepción nomológico-funcional” de la causalidad. Los operadores jurídicos no son “productores”, sino “consumidores” de las leyes causales. Por ello puede afirmarse que la decisión sobre la existencia o no de la relación de causalidad es una “cuestión de hecho”, libre de valoraciones específicamente normativas. Por el contrario, el problema de la imputación objetiva -la función de cuyos criterios es evitar que sean puestas a cargo del responsable absolutamente todas las consecuencias de las que su conducta es causa- es una cuestión claramente *jurídica*»³⁷.

Una vez delimitada la distinción entre causalidad e imputación objetiva, nomenclaturas que considero las más acertadas por resultar las más acordes con la función que cada una tiene asignada, no debe extrañarnos que se empleen también las expresiones causalidad de hecho o fáctica y causalidad jurídica, respectivamente. Estimo que continuar empleando la expresión causalidad jurídica desvirtúa los contornos sobre los que se han cimentado los criterios de imputación objetiva, y, además, puede llevarnos al error de seguir considerándolo como un problema de causalidad, cuando, como se ha

³⁵ Como afirma XIOL RÍOS, J.A., «el nexo de causalidad se considera tradicionalmente por la jurisprudencia como una cuestión de hecho que corresponde apreciar a los tribunales de instancia. Sin embargo, la imputación objetiva se considera como una *quaestio iuris* revisable en casación en el ámbito de la aplicación del artículo 1902 CC», «Criterios de imputación...», *op. cit.*, p. 6.

³⁶ Cimentada en su trabajo «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1982», *La Ley*, 1982-2, 385 y 391.

³⁷ PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, p. 1563.

insistido, lo que hacen es establecer criterios de imputación en relación al patrimonio que tiene que cargar con la indemnización de los daños. Por ello, corresponde replantearse la idoneidad de la teoría de la equivalencia de las condiciones para solucionar el problema de la relación de causalidad en el sentido expuesto.

Si, como se ha afirmado, el único cometido de la relación de causalidad es establecer un vínculo causal entre el incumplimiento y el daño, debe afirmarse que dicha función sí la cumple la teoría de la equivalencia de las condiciones³⁸, ya que, si se opera mentalmente la supresión de cualquiera de las condiciones concurrentes, se observará si el daño se hubiera producido o no³⁹.

Debe indicarse que la distinción entre causalidad e imputación objetiva ya fue sostenida en nuestro país a mediados de los años 60, por influencia de la doctrina penal alemana, por GIMBERNAT⁴⁰, habiendo sido seguida por un

³⁸ OLIVA BLÁZQUEZ, F., comentando la STS de 7 de julio de 2008, ponente D. José Almagro Nosete (RJ 2008, 4473), en la que la Entidad Mercantil "Lackey, S.A." reclama indemnización de daños contractuales a "Ariño Duglass, S.A", derivados de la defectuosa fabricación por ésta de unos cristales que la demandante empleaba en la fabricación de hornos, afirma que «es necesario destacar que debe probarse la existencia de una relación de causalidad fáctica entre el incumplimiento imputable del deudor y el daño padecido por el acreedor. Debemos advertir que en este momento el término "causalidad" lo empleamos en un sentido literal o estricto; se trata de determinar si un concreto suceso, la falta de ejecución de la prestación acordada, es la causa-condición del daño alegado (*causation in fact*). Por lo tanto, en función de la teoría de la *conditio sine qua non*, que considera causa de un resultado cualquier condición que no puede ser mentalmente suprimida sin que desaparezca el resultado concreto, puede afirmarse que, efectivamente, el incumplimiento contractual es *conditio sine qua non* del daño invocado por el recurrente en casación», «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008...», *op. cit.*, p. 623.

³⁹ Como indica GIL RODRÍGUEZ, J., «la afirmación de la relación de causalidad se alcanza con base en las leyes de la experiencia científica, de manera que las pruebas practicadas al efecto pueden proporcionar la convicción de que los daños alegados han sido o no causados por la conducta del deudor (STS de 13-II-1991: las vacas murieron por la ingestión de sustancias tóxicas del pienso suministrado; STS de 3-X-1991: la cosecha de limones se perdió por causa del producto antiplaga; STS de 4-III-1995: no queda acreditado que la falta de producción y el virus de determinadas cepas provenga del material vegetal suministrado para la plantación del viñedo; STS de 19-III-1998: no hay relación de causa a efecto entre la actuación del Notario y el perjuicio alegado, pues la falta de inscripción de la hipoteca se debió al impago del impuesto por los interesados)», «Responsabilidad por...», *op. cit.*, p. 308.

importante número de sentencias del Tribunal Supremo en materia penal⁴¹. Afortunadamente, el camino iniciado en nuestra doctrina civil por PANTALEÓN

⁴⁰ GIMBERNAT ORDEIG, I., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966, pp. 73 y ss. Al que han seguido: LARRAURI I PIJOAN, E., «Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, pp. 715 a 775; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General: Fundamentos y teoría del delito*, 2ª ed., Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1985, pp. 176 y ss. y TORIO LÓPEZ, A., «Naturaleza y ámbito de la imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1986, pp. 33 a 48.

⁴¹ STS de 20 de mayo de 1981 (Sala Segunda), ponente D. José Hermenegildo Moyna Ménguez (RJ 1981, 2247) en la que se afirma que «el delito de imprudencia como todos los tipos de resultado, suscita el problema de la relación o nexo causal, que es presupuesto primero y esencial de la imputación “objetiva”, y a falta de toda norma legal su regulación ha quedado confiada a la elaboración jurisprudencial, predominando en las resoluciones de esta Sala la doctrina de la equivalencia que concede el valor de causa a todas las condiciones necesarias para la producción de un resultado, pero como este criterio provoca una ampliación insatisfactoria de la esfera de la responsabilidad criminal se ha sentido la necesidad de acotar y restringir el campo del nexo causal antes de llegar al plano de la culpabilidad, utilizando a estos fines la doctrina de la causa adecuada o eficiente que contempla el problema desde el punto de vista de la acción, o refiriéndose a las consecuencias naturales, lógicas o racionales que lo consideran desde la vertiente del resultado, pudiendo afirmarse como síntesis de lo expuesto, que quien ha puesto una condición “sine qua non” del resultado ha causado el resultado, pero para que éste pueda serle “objetivamente” atribuido es necesario, además, que tal condición sea adecuada, eficiente, o apropiada, conforme a las reglas de la experiencia, para producir el resultado típico, que, por ende, ha de aparecer como consecuencia natural, lógica o racional de la acción». Con mayor claridad aun la STS de 5 de abril de 1983 (Sala Segunda), ponente D. Martín Jesús Rodríguez López (RJ 1983, 2247), señala que «la sentencia de esta Sala de 20 mayo 1981 (RJ 1981/2247), ya ha distinguido con la precisión posible dentro de la difícil doctrina de la causalidad, entre relación causal e imputación objetiva, como categorías independientes y sucesivas, y que para la responsabilidad penal no basta con la constancia de la relación causal -a determinar según el criterio de la equivalencia de condiciones- sino que además se precisa la imputación objetiva del resultado, para lo que se requiere la adecuación de la causa para producir aquél como consecuencia lógica y natural de aquélla. Es decir, como se tiene adelantado, que la imputación objetiva se sitúa en un momento anterior a la llamada imputación subjetiva. La concurrencia o no de causalidad es algo empíricamente constatable, a determinar según los métodos de las ciencias naturales, y ésta es la base de la teoría de la equivalencia de condiciones. Pero otra cosa distinta es que para el injusto típico se requiera además la concurrencia de una categoría puramente normativa: la imputación objetiva, es decir que mediante criterios extraídos de la interpretación de la esencia y función del tipo de injusto, se pueda afirmar desde el punto de vista jurídico penal, que un resultado es objetivamente atribuible, imputable, a una acción. Como criterio de imputación objetiva del resultado puede señalarse (como más frecuente) el de la adecuación, pero también pueden existir otros, como el de la relevancia, el de la realización del peligro inherente a la acción base, o los del incremento o disminución del riesgo, o el del fin de protección de la norma; estos últimos discutidos, pero esclarecedores en materia como la de la causalidad, cuya conceptualización doctrinal sigue en evolución». En el mismo sentido pueden consultarse las SSTS de 11 de febrero de 1987 (Sala Segunda), ponente D. Fernando Díaz Palos (RJ 1987, 1241) y de 17 de noviembre de 1987 (Sala Segunda), ponente D. Eduardo Móner Muñoz (RJ 1987, 8532). Vid. también las numerosas sentencias citadas por INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, op. cit., pp. 155 y 156.

PRIETO, ha calado en nuestra mejor doctrina⁴² e incluso se han cumplido sus deseos de que «la Sala Primera del Tribunal Supremo siga el ejemplo de las sentencias antes citadas de la Sala Segunda, así como el de la moderna jurisprudencia comparada. Desde cualquier punto de vista, dogmático o práctico, el separar las cuestiones causales de los problemas de imputación objetiva no puede sino merecer aplauso»⁴³.

Los aplausos reclamados por PANTALEÓN PRIETO, aunque se han hecho rogar, ya se han producido; así la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2005⁴⁴ resuelve la reclamación de indemnización de daños y perjuicios interpuesta por una señora contra el médico que, a consecuencia de una operación de cirugía estética llevada a cabo por el mismo, le produjo «unas secuelas consistentes en unas cicatrices queloides en el labio inferior y en el mentón, y un consiguiente trastorno psíquico calificado por los especialistas de “neurosis de angustia”, como consecuencia de habersele practicado el 11 de mayo de 1987 por el médico Dr. Carlos Manuel, en su consulta “Centro de Salud y Estética” de Bilbao, una intervención consistente en tratamiento dermoabrasador por láser quirúrgico CO2 con la finalidad de hacer desaparecer unas pequeñas cicatrices puntiformes en la región peribucal y mentón provenientes de una depilación eléctrica realizada hacía algunos años». En dicha sentencia argumenta el Tribunal Supremo que «la intervención quirúrgica del médico demandado está prevista en el estado de conocimiento de la ciencia médica en el momento de su práctica como idónea para conseguir el resultado pretendido y fue practicada correctamente con arreglo a la técnica

⁴² Tras de los pasos de PANTALEÓN, han admitido la distinción entre el nexo de causalidad y la imputación objetiva, entre otros: CAVANILLAS MÚGICA, S., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1988», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, nº 17, abril-agosto, 1988, pp. 379 a 388; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de...*, *op. cit.*, pp. 340 a 349; LLAMAS POMBO, E., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1992», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, nº 30, septiembre-diciembre, 1992, pp. 995 a 1007; SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, pp. 40 y 41. Más recientemente, INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, pp. 149 a 160; OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008...», *op. cit.*, pp. 623 a 627.

⁴³ PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, p. 1566.

⁴⁴ STS de 21 de octubre de 2005, ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2005, 8547).

y práctica médica. Es por ello que no cabe hacer al Dr. Carlos Manuel ningún juicio de reproche en el ámbito de la culpabilidad, pero incluso se debe decir que falta el elemento de la causalidad en su secuencia de causalidad jurídica – criterio de imputación objetiva o de atribuibilidad del resultado-. Evidentemente hay causalidad física o material -“questio facti” para la casación-, porque el queloide se generó como consecuencia de la intervención quirúrgica, y sin ésta no habría habido aquél. Pero no hay causalidad jurídica -juicio perteneciente a la “questio iuris”-, bien porque se entienda aplicable la exclusión en virtud del criterio de imputación objetiva del “riesgo general de la vida”, bien porque no ha sido la intervención la denominada causa próxima o inmediata, ni la causa adecuada, criterio éste (para unos, filtro de los restantes criterios de imputación; para otros, residual de cierre del sistema, y que, por ende, opera cuando no sea aplicable alguno de los previstos específicamente en la doctrina -riesgo general de la vida, provocación, prohibición de regreso, incremento del riesgo, ámbito de protección de la norma, consentimiento de la víctima y asunción del propio riesgo, y de la confianza-) que descarta la causalidad cuando, como dice la doctrina, “el daño aparece como extraordinariamente improbable para un observador experimentado que contara con los especiales conocimientos del autor y hubiese enjuiciado la cuestión en el momento inmediatamente anterior a la conducta”. Y en ello encaja el supuesto de autos y la apreciación de la resolución recurrida, pues aun cuando en la misma se alude a la imprevisibilidad, y no cabe estimar no previsible aquel tipo de complicaciones que en ocasiones se pueden producir, es obvio que no cabe cargar en la actuación del agente las que tienen carácter excepcional, dependen de condiciones genéticas del sujeto concreto (paciente) y que no existe posibilidad normal de conocer o averiguar con anterioridad a la intervención. Por lo que hay una ausencia de causalidad jurídica (en cuya órbita se sitúa el caso fortuito del art. 1105), aparte también en todo caso de culpabilidad (reproche subjetivo)».

También debe invocarse la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2008⁴⁵, en cuanto que resume el recorrido de la relación de

causalidad de la siguiente manera: «Dicha relación se reconstruye, en una primera fase, mediante la aplicación de la regla de la "conditio sine qua non", conforme a la que toda condición, por ser necesaria o indispensable para el efecto, es causa del resultado; y la de la "equivalencia de condiciones", según la cual, en el caso de concurrencia de varias, todas han de ser consideradas como iguales en su influencia causal si, suprimidas imaginariamente, la consecuencia desaparece también. Afirmada la relación causal según las reglas de la lógica, en una segunda fase se trata de identificar la causalidad jurídica, para lo que entran en juego los criterios normativos que justifiquen o no la imputación objetiva de un resultado a su autor, en función de que permitan otorgar, previa discriminación de todos los antecedentes causales del daño en función de su verdadera dimensión jurídica, la calificación de causa a aquellos que sean relevantes o adecuados para producir el efecto»⁴⁶.

Recientemente, el Tribunal Supremo ha continuado ratificando la distinción que venimos abordando, señalando en su sentencia de 10 de julio de 2012 que, «establecido el nexo de causalidad por la sentencia de apelación entre la omisión de sus obligaciones por parte de la concesionaria y el resultado producido, únicamente resta en casación la facultad de examinar si se ha verificado adecuadamente la imputación objetiva del daño a la entidad de la que se exige responsabilidad, pues la imputación objetiva, que integra una "quaestio iuris" [cuestión jurídica], comporta un juicio que, más allá de la mera constatación física de la relación de causalidad, obliga a valorar con criterios extraídos del ordenamiento jurídico la posibilidad de imputar al agente el daño causado apreciando la proximidad con la conducta realizada, el ámbito de protección de la norma infringida, y la frecuencia o normalidad del riesgo creado frente a la existencia de los riesgos generales de la vida, entre otras circunstancias»⁴⁷.

⁴⁵ STS de 9 de octubre de 2008, ponente D. José Ramón Ferrándiz Gabriel (RJ 2008, 6042).

⁴⁶ La misma distinción se observa en las SSTS de: 30 de abril de 1998, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 1998, 2602); 20 de febrero de 2003, ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2003, 1174) y 11 de abril de 2008, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2008, 4358).

Iniciábamos este apartado con el propósito de plantear y ofrecer una solución a la cuestión del nexo de causalidad. De su estudio, concretamente de la evolución en la doctrina y la jurisprudencia, se ha concluido que una cuestión es el nexo de causalidad, entendido como el vínculo concurrente entre el incumplimiento y el daño, lo que resuelve la teoría de la equivalencia de las condiciones; y otra, la de qué patrimonio debe responder de los daños que derivan del incumplimiento del contrato; lógicamente, de entre los vinculados causalmente al incumplimiento, cuestión que incumbe a la imputación objetiva, concretamente a los distintos «criterios de imputación que la doctrina moderna ha propuesto junto al tradicional y bien conocido de la adecuación»⁴⁸. Criterios de imputación objetiva que serán analizados con posterioridad.

Por lo que respecta a los PECL, la referencia al nexo de causalidad se encuentra contenida en la palabra “*caused*” del párrafo primero del artículo 9:501, que establece que «*la parte perjudicada tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios respecto de las pérdidas sufridas a consecuencia del incumplimiento de la otra parte*». Es por ello que el primer juicio o test que debe superar un daño para que sea indemnizado es que sea causado o consecuencia del incumplimiento⁴⁹, juicio al que seguirán el de imputación objetiva y por el último el de la previsibilidad en función de cuál sea la conducta del deudor en el incumplimiento. En esta cuestión, los PECL también siguen la teoría de la equivalencia de las condiciones, por lo que será necesario establecer que el incumplimiento es la causa-condición de los daños.

⁴⁷ STS de 10 de julio de 2012, ponente D. Antonio Salas Carceller (RJ 2012, 8357). En el mismo sentido la de 15 de julio de 2010, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2010, 6049)

⁴⁸ PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, p. 1566.

⁴⁹ Al respecto afirman LANDO, O., BEALE, H., en relación al art. 9:501, que «este artículo permite que la parte perjudicada reciba una indemnización por daños y perjuicios siempre que haya sufrido pérdidas como consecuencia del incumplimiento injustificado de la otra parte. Esta sección no se ocupa de los daños que no sean relevantes cuando el incumplimiento no haya ocasionado pérdidas a la parte perjudicada», *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 639.

3. LOS ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 9:503 DE LOS PECL

3.1. Introducción

En este epígrafe se analizarán los orígenes y la evolución histórica por los que la regla de la previsibilidad ha discurrido desde los vetustos textos del Derecho romano hasta su enunciación y difusión en la obra de POTHIER. Cómo influyó en la redacción de los Códigos civiles decimonónicos, especialmente en el español, así como su recepción en el *Common Law*, para terminar abordando su consagración en los textos uniformes.

3.2. Los antecedentes en los Derechos nacionales

3.2.1. De las fuentes del Derecho Romano a Pothier

a) El origen del test de previsibilidad en la Constitución de Justiniano

La cuestión de la limitación de la extensión de los daños indemnizables tiene como antecedente más remoto un texto del Corpus Iuris Civilis del Emperador Justiniano, donde se establecen los criterios generales del resarcimiento, concretamente la Constitución del año 531 «*De sententiis quae pro eo quod interest proferentur*» (Codex 7.47)⁵⁰. Con ella se pretende cubrir la

⁵⁰ Los antecedentes históricos del art. 1107 CC han sido estudiados de forma detallada por: CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, pp. 710 y ss.; CRISTÓBAL MONTES, A., «El enigmático artículo 1.107 del Código Civil Español», en AA. VV., *Centenario del Código Civil, Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Tomo I, Madrid, 1990, pp. 559 a 575; LEÓN GONZÁLEZ, J.M., «De nuevo sobre el artículo 1107 del Código Civil: los daños previstos o previsibles», en AA. VV., *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo II, (coord. por Eugenio Llamas Pombo), ed. La Ley, Madrid, 2006, pp. 133 a 147; MONTÉS PENADÉS, V.L., «Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe en el art. 1.107 CC», en AA. VV., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Tomo II, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, pp. 2423 a 2462; MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Aranzadi, Navarra, 2010,

ausencia de una adecuada regulación de los daños indemnizables y así evitar los problemas y las dudas que en la práctica planteaban las indemnizaciones, puesto que en algunos supuestos eran desproporcionadas e incluso llegaban a constituir excesivos castigos para la parte que incumplía el contrato⁵¹.

Por tanto, con el propósito de reducir las indemnizaciones y de no ser demasiado riguroso con el incumplidor, se establecen los siguientes criterios a tener en cuenta para el cálculo de las mismas⁵²: la distinción entre los casos de cantidad cierta (*casus certi*) y los de cantidad incierta (*casus incerti*). Los primeros serían aquellos en los que la prestación del contrato recae sobre un objeto cuya valoración puede determinarse con certeza, como, por ejemplo, en los contratos de compraventa y de arrendamiento, es decir, existe una cantidad o naturaleza cierta (*«in omnibus casibus qui certam habent quantitatem vel naturam»*). En el segundo grupo de casos, entran todas aquellas que carecen de dicha característica, es decir, son de naturaleza o cantidad inciertas (*«in aliis autem casibus, qui incerti esse videntur»*)⁵³. Partiendo de dicha distinción, se

pp. 96 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate», *Anuario de Derecho Civil*, 1991-III, pp. 1073 y ss.

⁵¹ Vid. al respecto MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, op. cit., pp. 98 y 99 y LEÓN GONZÁLEZ, J.M., «De nuevo sobre...», op. cit., pp. 134 y 135.

⁵² «Imperator Justinianus C. 7, 47, I: Cum pro eo quod interest dubitationes antiqua productae sunt, melius nobis visum est huiusmodi proxilitatem prout possibile est in angustum coartare. § 1 Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere; in aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, iudices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut, quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur et non ex quibusdam machinationibus et inmodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur, ne, dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat, cum scimus esse naturae congruum eas tantum modo poenas exigi, quae cum competenti moderatione proferuntur vel a legibus certo fine conclusae statuuntur. § 2 Et hoc non solum in damno, vel etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres quod interest statuerunt: et sit omnibus, secundum quod dictum est, finis antiquae proxilitatis huius constitutionis recitacio».

⁵³ De la Constitución de Justiniano afirma LEÓN GONZÁLEZ, J.M., que «a pesar de su deseo de terminar con las antiguas disputas, el emperador no había promulgado una Ley clara. Es verdad que en ella queda dicho que los casos *certi* son aquellos que se refieren a una cantidad o naturaleza ciertas, como ocurre en la venta, el arrendamiento y, en general, todos los contratos. Sin embargo, estas indicaciones no eran suficientes para delimitar su ámbito de aplicación ni distinguirlo del correspondiente a los casos *incerti*. El hecho es que la interpretación de esta constitución del año 531 dará origen a nuevas dudas e interminables

establece un doble sistema de limitación de la indemnización. En los *casus certi*, la cuantía de la indemnización no podrá exceder del *duplum* del valor de la cosa. Este límite, en el que se encuentra el germen de la previsibilidad de los daños, lo ilustra POTHIER con el siguiente ejemplo: «He comprado por el precio de cuatro mil libras, unas viñas en una provincia lejana de mi residencia. Cuando mi adquisición, el vino que constituía toda la renta de la heredad estaba a muy bajo precio en dicha provincia, por cuanto no tenía mercado alguno donde poder exportarlo; después de mi adquisición, el rey ha mandado hacer un canal que procura su exportación, lo que ha hecho aumentar el precio del vino al cuádruplo de su valor o más; lo que da por resultado que el valor de mi finca que en principio era de cuatro mil libras, ahora sea de dieciséis mil. Es evidente que si se me lanza de esta heredad, los daños y perjuicios que de ellos me resultan no son otra cosa que *id quanti mihi hodie interest hunc fundum habere licere*, montan a la verdad a más de dieciséis mil libras. Sin embargo, según esa ley, por los daños y perjuicios que me son debidos solamente *propter ipsam rem non habitam et in casu certo*, no deben jamás,

controversias que llegan prácticamente hasta nuestros días. En la búsqueda de un criterio distintivo entre los casos *certi* y los *incerti* se polarizará gran parte del esfuerzo interpretativo de glosadores y comentaristas. Esfuerzo lleno de sagacidad y sutileza pero que, necesario es decirlo, en muy poco contribuirá a poner luz en tal difícil cuestión. DUMOULIN, en el siglo XVI, reduce a doce, en su célebre *Tractatus*, las numerosísimas y contradictorias opiniones sobre el tema. Pero de ellas sólo merece la pena recordar aquí las de ACURSIO, Jacques de REVIGNY y BARTOLO. Veamos lo que al respecto nos enseña A. DUMAS en su documento estudio. En cuanto al primero, sostiene que los casos *certi* sólo pueden ser relativos a las obligaciones de dar, mientras que las de hacer corresponden a la categoría de los casos *incerti*. Esta solución, probablemente la más conforme con el espíritu de la constitución de JUSTINIANO, fue mantenida en su tiempo por numerosos doctores y todavía en el siglo XVI parece ser que era la más invocada ante los Tribunales. Jacques DE REVIGNY, por su parte, ofrece otro criterio distintivo, que no deja de ser ingenioso, pero que, sobre todo para los juristas de su época, resulta criticable al no tener el apoyo textual del *Corpus*. En efecto, según el introductor del método escolástico en el estudio del Derecho, deben considerarse como casos *certi* todas las obligaciones susceptibles de una «estimación común», desde el momento en que el valor de la prestación varía según la cualidad de las personas: tal sería el caso de la promesa de hacer un viaje a Roma. El sistema de BARTOLO no difiere en el fondo del propuesto por ACURSIO, aunque reviste algunas características propias, como la afirmación de que para que una obligación forme parte de los casos *certi* no es necesario que la cantidad o la naturaleza ciertas se encuentren con la misma obligación, bastando con que estén en la obligación recíproca. Dicho de otro modo, la obligación debe ser cierta «*respectu sui vel respectu adjuncti*». Los juristas medievales tampoco alcanzarán resultados más fecundos cuando intenten hallar la *ratio*, el espíritu que inspira la constitución de JUSTINIANO o averiguar por qué se establece como límite del resarcimiento precisamente este tope máximo del *duplum* del valor de la prestación. Apegados a la letra del texto, ninguno de ellos será capaz de descubrir una idea rectora ni de elaborar, en fin, una teoría común para explicar tanto los casos *certi* como los *incerti*, «De nuevo sobre...», *op. cit.*, pp. 135 y 136.

según esta ley, exceder el doble del precio de la cosa que ha sido objeto de la obligación»⁵⁴. Por el contrario, para el cálculo de la indemnización en los *casus incerti* no rige el límite del *duplum*. Se dispone que el juez deba establecer con moderación la condena a indemnizar, acudiendo también, por analogía, a las indemnizaciones que para supuestos semejantes dispongan otras leyes⁵⁵.

Sobre la importancia de la Constitución de Justiniano, en el tema que nos ocupa, volveremos cuando abordemos la interpretación que sobre los textos romanos realizaron DUMOULIN⁵⁶, DOMAT y POTHIER.

b) La delimitación del *quantum respondatur* en el Digesto

También debe indicarse que no faltan pasajes del Digesto (año 533), en lo relativo a los contratos de compraventa y de arrendamiento, en los que se encuentra larvadamente la noción de la previsibilidad como límite del *quantum respondatur*⁵⁷.

⁵⁴ POTHIER, R.J., *Tratado de las Obligaciones*, versión directa del *Traité des Obligations*, según la edición francesa de 1824, publicada bajo la dirección de M. Dupin, corregida y revisada por M.C. de las Cuevas, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1993, p. 96.

⁵⁵ *Vid.*, LEÓN GONZÁLEZ, J.M., «De nuevo sobre...», *op. cit.*, p. 135 y MONTÉS PENADÉS, V.L., «Sobre la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 2430.

⁵⁶ Debe indicarse como afirma LEÓN GONZÁLEZ, J.M., que «un tal Gaspar CABALLINUS...no es otro que nuestro MOLINEUS o Charles DUMOULIN. Sobre el por qué de este seudónimo, *vid.* VIOLLET, *Histoire du Droit Civil Français*, París, 1905, pág. 229 y también LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit., pág. 45» «De nuevo sobre...», *op. cit.*, nota al pie núm. 7, p. 137. Nosotros nos referiremos a dicho autor como Molineus o Molineo, por ser el empleado en la obra de Pothier, salvo en citas textuales con las que seremos respetuoso con el nombre empleado por el autor que se cita.

⁵⁷ Sobre el límite del *quantum respondatur* en el Digesto, *vid.* en nuestro Derecho, entre otros: CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, pp. 710 a 712; MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, pp. 99 a 107 y PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 1073 y 1074.

Siguiendo los textos del Digesto atribuidos a PAULO, se puede citar la Ley 19, 1, 43 (5. quaest)⁵⁸, al disponer que, si como consecuencia de la compra de un esclavo, el comprador padece la evicción por su verdadero propietario, y el esclavo vendido ha experimentado un considerable aumento de valor, no se podrá hacer responsable al vendedor de ese incremento extraordinario del valor del esclavo⁵⁹.

También debe citarse la Ley 19, 1, 21, 3 (33. ed)⁶⁰, donde se distinguen los daños intrínsecos (*circa ipsam rem*) de los extrínsecos (*utilitas extra rem*), disponiendo que sólo son indemnizables los daños producidos en la misma cosa, es decir, los daños intrínsecos, el actual valor del vino o del trigo no entregado, dejando sin reparación los lucros cesantes de negociación y los daños consecuenciales, o lo que es lo mismo, el beneficio que hubiera obtenido por la posterior venta del vino, o la muerte por hambruna de los esclavos al no disponer de trigo para comer, respectivamente⁶¹.

⁵⁸ «*de sumptibus vero, quos in erudiendum hominem emptor fecit, videndum est: nam empti iudicium ad eam quoque speciem sufficere existimo: non enim pretium continet tantum, sed omen quod interest emptoris servum non evinci. Plane si in tantum suma (veluti si ponas agitorem postea factum vel pantomimun evictum esse meum, qui minimo veniit pretio), iniquum videtur in magnam quantitatem obligare venditorem*».

⁵⁹ Como afirma MORALES MORENO, A.M., se «contempla un caso de evicción del esclavo comprado. El comprador ha hecho en él inversiones que le han dotado de habilidades que lo hacen especialmente valioso, de manera que el valor del esclavo en el momento de la evicción está muy por encima del precio cobrado por él. Se plantea el problema de si ese mayor valor debe ser tomado en cuenta al determinar la indemnización del vendedor por la evicción. La respuesta es que no. Se justifica en lo que podríamos denominar las expectativas del vendedor al contratar (*ut non sit cogitatum a venditore de tanta suma*), y en lo que tiene de injusto que en este caso el vendedor se obligue en una suma tan elevada (*iniquum videtur in magnam quantitatem obligari venditorem*). Este texto nos aproxima a la doctrina de la previsibilidad, formulada más tarde por Pothier, doctrina de extraordinaria importancia en el derecho actual», *Incumplimiento del contrato...*, op. cit., pp. 103 y 104.

⁶⁰ «*Cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, omnis utilitas emptoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit: neque enim si potuit ex vino puta negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis quam si triticum emerit et ob ea rem, quod si non sit traditum, familia eius fame laboraverit; nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur*». En este texto del Digesto señala CRISTÓBAL MONTES, A., que «puede rastrearse el origen de la fórmula de los Códigos civiles francés e italiano de que el daño derivado del incumplimiento debe ser consecuencia «inmediata y directa» de ello, o de la de nuestro Código civil de que aquél sea «consecuencia necesaria» de este mismo evento», «El enigmático artículo 1.107...», op. cit., p. 559.

En el Digesto, en la Ley 19, 1, 44 (8 *quaest.*), al igual que en la Constitución de Justiniano, también se contempla la indemnización limitada al *duplum* del valor de la cosa⁶².

De una lectura conjunta de los anteriores textos se deduce que en sus primitivos orígenes, la teoría de la previsibilidad surge exclusivamente para ser aplicada a los daños intrínsecos, ya que se excluía la indemnización de los daños extrínsecos, puesto que la limitación del resarcimiento de los daños intrínsecos al *duplum* permitía que el deudor conociera a priori el importe máximo de la condena al resarcimiento que le podía ser aplicada. Por tanto, ya en esta época se puede hablar, aunque de una forma figurada, de previsibilidad por los daños intrínsecos.

A la conducta del deudor, tampoco ha sido ajeno el Digesto a los efectos de extender el resarcimiento en los casos de deudor doloso, siendo uno de los pasajes más conocido el de la Ley 19, 1, 13 pr. (32 ed.), atribuido a ULPiano, relativo a la venta de una oveja con una enfermedad contagiosa⁶³. Si la

⁶¹ Respecto a este pasaje del Digesto, indica MORALES MORENO, A.M., que «trata de ventas de géneros (vino, trigo), con los que puede negociar el comprador y obtener provechos. Se refiere al daño que sufre el comprador por la mora del vendedor en la entrega de la cosa. Entre los daños considerados hay lucros cesantes. Se discute si es indemnizable el lucro que hubiera podido obtener el comprador negociando con la cosa. Para determinar qué lucro perdido por el comprador es indemnizable, Paulo, D. 19, 1, 21, 3, utiliza una regla: *omnis utilitas emptoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit*. La aplicación de esta regla le permite extraer una consecuencia: el vendedor moroso no está obligado a indemnizar al comprador el lucro cesante producido por no haber podido negociar con el vino (*neque enim si potuit ex vino puta negotiari et lucrum facere, id aestimandum est*). En esta regla se utiliza la categoría de daño *circa ipsam rem*, como criterio de delimitación del daño indemnizable en caso de incumplimiento del contrato. A partir de ella se construirá, posteriormente, la distinción entre daño inmediato y daño mediato...plantea la cuestión de si el vendedor que no entrega el trigo debe soportar la consecuencia de que mueran de hambre los esclavos del comprador. Paulo entiende que no. Y lo razona en consideración a que el vendedor ha obtenido (cobrado) el precio del trigo y no el de los esclavos muertos de hambre (*nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur*). Trasladándonos al derecho actual, esta explicación hemos de asociarla a la función retributiva del precio, no sólo de la cosa sino del riesgo asumido por el vendedor en caso de incumplimiento», *Incumplimiento del contrato...*, op. cit., pp. 102 y 103.

⁶² Afric. D. 19, 1, 44 (8 *quaest.*): «*cum et forte idem mediocrium facultatum sit: et non ultra duplum preciculum subire eum oportet*».

enfermedad era desconocida por el vendedor sólo responderá por el valor de la oveja, pero no por la posterior muerte del rebaño. En cambio, si conocía la enfermedad contagiosa, sí responderá por la pérdida de todo el rebaño

Partiendo de los anteriores textos romanos, los glosadores y comentaristas del Derecho Común centraron sus esfuerzos interpretativos en la formulación de criterios generales que, sobre una adecuada formulación de la distinción entre los daños intrínsecos y los extrínsecos, permitiera determinar el *quantum respondatur* mediante la exclusión de determinados daños⁶⁴.

c) La cuestión de la extensión de los daños indemnizables en el pensamiento de MOLINEO

Antes de analizar la fórmula mediante la que MOLINEO trata de solucionar el problema de la extensión de los daños indemnizables, conviene recordar, siguiendo a CARRASCO PERERA, la distinción que entre los daños intrínsecos y extrínsecos propone DONELLO, para quien «es *circa rem* el lucro cesante que deriva necesariamente de la cosa, sin interposición de un suceso externo o una conducta del acreedor;...Pero es *extra rem* aquello que, no proviniendo de la cosa, podía tanto tener como no tener (los peces que no pesqué por haber roto un tercero la red) o aquello que aunque el deudor tuviera podría de hecho procurárselo de otra manera, por vía distinta de la prestación»⁶⁵.

⁶³ «*Iulianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrómenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagiose morborum pecoris preirunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum*».

⁶⁴ Sobre las distintas interpretaciones de los textos citados por los glosadores y los comentaristas del Derecho Común, *vid.*, CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, pp. 712 y 713; MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, pp. 107 a 109.

⁶⁵ CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 713.

En el siglo XVI, MOLINEO, partiendo de la Constitución de Justiniano y posiblemente también del Digesto⁶⁶, se plantea dos cuestiones que a su parecer no se encuentran adecuadamente resueltas. Una, cuál es el fundamento de la limitación al doble del valor de la prestación en los casos ciertos; y otra, qué criterio se debería seguir para la indemnización en los casos inciertos, ante las dificultades y excesos que planteaba la solución justinianeas de que fueran los tribunales mediante su facultad moderadora la que estableciera su indemnización⁶⁷.

Es el estudio de dicha Constitución, de los principios en que se inspira, lo que lleva a MOLINEO a formular una solución unitaria que le permita resolver las anteriores cuestiones en su obra *Tractatus de eo quod interest*⁶⁸.

Respecto a la limitación de la indemnización al *duplum* del valor del objeto de la prestación en los casos ciertos y teniendo en cuenta la distinción entre daño intrínseco y extrínseco, y la aceptación de que ambos tipos de daños deben ser indemnizados, se pregunta cuál es el razonamiento jurídico para la limitación del daño extrínseco por el mismo valor del objeto de la prestación incumplida. Ante este interrogante, MOLINEO, según LEÓN GONZÁLEZ, «llega a descubrir por lo menos ocho *motivos* que justifican la solución

⁶⁶ Al respecto indica LEÓN GONZÁLEZ, J.M., que «probablemente, y si hemos de creer, una vez más, en la opinión de DUMAS, su fuente de inspiración se encuentre en el supuesto contemplado en D. 19, 1, 43-44 que excluye, por injusto el resarcimiento íntegro de los daños experimentados por el comprador evicto cuando era impensable (imprevisible que la cosa vendida por un precio muy bajo (un esclavo que luego se convierte en conductor de cuadriga o actor de teatro) alcanzaría un valor tan alto y, además el vendedor, que no obró dolosamente, sólo poseía una media fortuna», «De nuevo sobre...», *op. cit.*, p. 138.

⁶⁷ LEÓN GONZÁLEZ, J.M., «De nuevo sobre...», *op. cit.*, p. 137.

⁶⁸ Como afirma LEÓN GONZÁLEZ, J.M., «la búsqueda de una clave unitaria que permita resolver ambos problemas llevara a Charles DUMOULIN a la formulación de su famosa teoría, desarrollada, fundamentalmente, en el número 60 de su *Tratatus de eo quod interest*. Pero para facilitar la comprensión de su pensamiento es conveniente tener en cuenta que en la doctrina de su tiempo los daños y perjuicios comprenden dos elementos: en primer lugar, la suma que representa el valor mismo del objeto de la prestación incumplida; es decir, lo que los antiguos denominaban *interés intrínseco* (expresión que nuestro autor considera criticable). Después, el valor de los demás daños que experimenta el acreedor como consecuencia del incumplimiento. Se trata de una indemnización accesoria o *interés extrínseco*, según la terminología al uso», «De nuevo sobre...», *op. cit.*, p. 137.

adoptada por el emperador. Pero es al exponer el séptimo cuando sostiene no ser equitativo obligar a quien no ha podido cumplir tempestivamente sus compromisos a que repare siempre la totalidad del daño, porque éste puede exceder con mucho del valor del objeto de la obligación e, incluso, superar todo aquello que ha podido ser previsto (*quidquid praevideri potuit*)... De este modo, incidentalmente, y casi podría decirse que por azar, DUMOULIN esboza, apunta la teoría del daño previsible. Entre las razones para limitar, en los casos *certi*, el resarcimiento de los daños al doble del valor del objeto de la obligación, está - siempre según nuestro autor- la presunción de que las partes no han debido pensar que podría superarse ese límite: el acreedor debe recibir, en primer lugar, el valor de la prestación incumplida; pero, después, por lo que concierne a los daños extrínsecos, las partes, verosímilmente, no han previsto que serían superiores a este valor y el deudor no ha pensado en asumir un riesgo mayor»⁶⁹. En definitiva, MOLINEO parte de la injusticia que puede suponer que el deudor que incumple un contrato tenga que indemnizar íntegramente todos los daños que ha producido, y ello por razones de equidad. ¿Entonces a qué cuantía limitar los daños? En la Constitución de Justiniano y en el Digesto⁷⁰ se establecía el *duplum*, y de ahí extrae su fórmula de la previsibilidad. Que se estableciera el doble del valor de la prestación como límite de la indemnización o el triple no es lo importante, lo decisivo es que no se puede establecer más de la cantidad tope, sea la que sea, porque es la máxima que las partes pudieron prever en el momento de contratar. La agudeza de MOLINEO es innegable, sea por azar o no, extrae una regla general de un máximo establecido, y ello porque se fija en la razonamiento jurídico de lo que era pensable o previsible.

⁶⁹ LEÓN GONZÁLEZ, J.M., «De nuevo sobre...», *op. cit.*, pp. 137 y 138.

⁷⁰ Digesto, Ley 19, 1, 43-44: «...de sumptibus vero, quos in erudiendum emptor fecit, videndum est: nam empti iudicium ad eam quoque speciem sufficere existimo: non enim pretium continet tantum, sed omne quod interest emptoris serum non evinci. Plane si in tantum pretium excedisse proponas, ut non sit cogitatum a venditore de tanta summa, (veluti si ponas agitatore postes factum vel pantomimum evictum esse eum, qui minimo venit pretio), iniquum videtur in magnam quantitatem obligari venditorem (cum et forte idem mediocrum facultatum sit: et non ultra duplum periculum subire eum oportet)».

Expuesta así la fórmula de MOLINEO, es, al incorporarla a la indemnización de los casos inciertos, cuando unifica en un solo criterio la previsibilidad⁷¹, tanto de la indemnización de los daños ciertos como de los inciertos; si bien, en los primeros, limitada al *duplum*, que podríamos decir, de forma figurada, que es el cuerpo de la regla, siendo el alma el importe máximo de la indemnización que las partes pudieron pensar o prever al contratar. O, en otras palabras, en los casos ciertos la previsibilidad está concretada en el *duplum* (como manifestación de lo que era previsible); en cambio, en los casos inciertos la previsibilidad es abstracta, por lo que exigirá la demostración de lo que era previsible al contratar.

El pensamiento de MOLINEO respecto a los casos inciertos lo describe LEÓN GONZÁLEZ, afirmando que «comienza advirtiendo que entre los motivos que inspiran la Constitución hay algunos que también pueden aplicarse, analógicamente, a los casos inciertos. En efecto, así como en los primeros (*certi*) la indemnización que se añade al valor del objeto de la obligación no puede exceder el valor de este mismo objeto, porque es el que corresponde al máximo de daños que las partes han debido prever, de igual modo, en los casos *incerti* no cabe que el interés extrínseco exceda de los límites “*qui verisimiliter apparebant tempore contractus*”; es decir, no debe sobrepasar los límites del riesgo previsto, pues es la carga que ha asumido tácitamente el deudor. La *ratio decidendi*, el motivo que explica toda la Ley –continúa diciendo DUMOULIN- es el rechazo hacia las infinitas complicaciones que derivan de la valoración de los daños y perjuicios. Y es ese rechazo el que ha llevado al

⁷¹ Como señala MONTÉS PENADÉS, V.L., «MOLINEO, criticando las teorías hasta entonces expuestas, sugiere como elemento distintivo entre los casos ciertos e inciertos la posibilidad de una condena “in duplum”, es decir, la existencia de una cantidad duplicable. Para los casos inciertos, y puesto que la moderación judicial propuesta por JUSTINIANO daba lugar en la práctica a numerosas injusticias, MOLINEO propone que el *damnum extrinsecum*, esto es, la indemnización relativa al perjuicio sufrido por el acreedor más allá de la pérdida o deterioro del objeto de la prestación, no debe superar el quantum o importe que el deudor podía prever en el momento de obligarse. Este mismo criterio de previsibilidad debe aplicarse, según MOLINEO, al deudor culposo de un hecho ilícito, pero mientras en el supuesto del deudor de buena fe se basa la aplicación del criterio de previsibilidad en la asunción tácita o explícita de una obligación resarcitoria, el fundamento del límite en la responsabilidad por hecho ilícito culposo se encuentra [en] necesidades equitativas que requieren la proporcionalidad de la pena a la culpa», «Sobre la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 2430 y 2431.

legislador, en los casos ciertos, a establecer una valoración, una tasación, conforme a la presuntas previsiones de las partes: “*quia verisimiliter non fuit praevisum nec cogitatum de suscipiendo majori damno vel periculo ultra rem principalem, quam sit ipsa res principales*”. La misma moderación hay que observar en los casos inciertos, inspirándose en la equidad y en el espíritu de la Ley. Espíritu que, en suma, consiste en calcular la indemnización de acuerdo con los daños que los contratantes han podido prever al tiempo de la conclusión del contrato»⁷².

De lo expuesto, debe reiterarse el mérito de la formulación de MOLINEO, que, partiendo de los textos romanos, principalmente de la Constitución de Justiniano, y salvando los problemas que planteaban las interpretaciones de los juristas del Derecho Común, ha innovando, unificando la solución tanto para los casos ciertos como los inciertos, la previsibilidad⁷³.

Por último, respecto a las consideraciones que MOLINEO realiza sobre el deudor doloso, y siguiendo el estudio de LEÓN GONZÁLEZ, autor que en nuestra doctrina ha estudiado con mayor profundidad su pensamiento, se establece expresamente un diferente régimen para el deudor doloso en los casos ciertos, ya que no se verá beneficiado por el límite del *duplum*. En los casos de daños inciertos, afirma LEÓN GONZÁLEZ que, aunque «no lo diga de forma expresa, implícitamente se desprende de su exposición que tampoco en los casos inciertos cabe reducir el resarcimiento a los daños previstos»⁷⁴. Parece lógico que un tratamiento distinto, respecto del deudor doloso en los casos ciertos, para el mismo tipo de deudor en los casos inciertos, carecería de toda justificación, máxime, cómo se ha indicado, cuando en la Ley 19, 1, 13 pr. (32

⁷² LEÓN GONZÁLEZ, J.M., «De nuevo sobre...», *op. cit.*, p. 139.

⁷³ CARRASCO PERERA, A., en referencia a los postulados de MOLINEO, afirma que «deseando encontrar una fórmula única para discriminar entre los *casus interesse*, MOLINEO propuso una fórmula única para la disciplina de los *casus certi et incerti* del *Codex* 7, 47. La fórmula suministrada es la del daño previsible: *non debet quod extrinsecus interest excedere fines objecti qui verosimiliter apparebant tempore contractus, sive limites periculi praevisi et facile suscepti non debent excedi*», «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 713.

⁷⁴ LEÓN GONZÁLEZ, J.M., «De nuevo sobre...», *op. cit.*, p. 140.

ed.) del Digesto, ya se establecía una extensión de la responsabilidad para el deudor doloso, sin distinción entre los daños ciertos e inciertos.

d) Las aportaciones de DOMAT y POTHIER en la delimitación del test de previsibilidad

Posteriormente, en el siglo XVII, DOMAT, y en el XVIII, POTHIER, racionalizaron y acabaron de delimitar la regla de la previsibilidad de MOLINEO, en sus célebres trabajos *Loix civiles*⁷⁵ y *Traité des obligations*, respectivamente.

Respecto a DOMAT, sobre el que coinciden los autores en que posiblemente desconocía los trabajos de MOLINEO⁷⁶, debe destacarse la importancia de su pensamiento en orden a la extensión del resarcimiento del deudor doloso. Hasta aquí, se ha afirmado que, tanto en el Digesto como en MOLINEO, dicho deudor no se beneficia del límite de los daños previstos, por lo que tiene que indemnizar todos los daños derivados del incumplimiento. Sin embargo, para DOMAT, como posteriormente para POTHIER, también debe existir una restricción o límite a esa extensión de los daños, ya que lo contrario supondría colocar al deudor en una situación desproporcionada e injusta. Como señala CARRASCO PERERA, «este deudor que incumple por dolo, que no goza de la limitación del daño intrínseco, no ha de indemnizar, con todo, los daños que resulten ser una *suite tres éloigné* del incumplimiento: el vendedor del animal enfermo responderá de la muerte del rebaño, pero no de la falta de cultivo de las tierras del acreedor por haber enfermado los bueyes y la consecuente situación de insolvencia de éste que conduce a que sus propios acreedores embarguen sus bienes»⁷⁷. Aquí se encuentra el germen de que los daños, sea del tipo que sea el deudor, deben ser consecuencia necesaria del

⁷⁵ DOMAT, J., *Loix civiles*, Oeuvres, I Paris, 1756.

⁷⁶ En tal sentido LEÓN GONZÁLEZ, J.M., «De nuevo sobre...», *op. cit.*, p. 141 y MONTÉS PENADÉS, V.L., «Sobre la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 2431.

⁷⁷ CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 714.

incumplimiento, lo que, como ya se ha explicado al abordar el estudio del nexo causal, se pretendió solucionar como un problema de causalidad, y que no es más que una cuestión de imputación objetiva⁷⁸.

Será POTHIER⁷⁹, sobre la base ya establecida del criterio de la previsibilidad por MOLINEO en su *Tractatus*⁸⁰, el que acabe por desarrollarla plenamente y divulgarla, consagrándola como un adecuado criterio de imputación objetiva en su *Traité des obligations*⁸¹.

Partiendo de la distinción entre los supuestos en los que se ha producido la inejecución del contrato y aquéllos en los que existe mora del deudor, comienza enunciando POTHIER las dos partidas que se integran dentro de los

⁷⁸ Al respecto, LEÓN GONZÁLEZ, J.M., señala que «bajo la expresión “consecuencia necesaria”, procedente de DOMAT y no de POTHIER, como generalmente suele afirmarse, el Código civil regula la causalidad entendida en el sentido del nexo que debe mediar entre el *evento* lesivo y sus ulteriores *consecuencias* para que éstas sean resarcibles», «De nuevo sobre...», *op. cit.*, nota al pie número 1, p. 133. Si bien coincidimos con LEÓN GONZÁLEZ en que en DOMAT se establece la restricción de los daños, considero que no se trata de una cuestión de causalidad tal y como él la entiende, sino que la expresión “consecuencia necesaria” lo que hace es atraer a la cuestión de la limitación de los daños indemnizables los criterios de imputación objetiva. Lo que estimo coincidente con CARRASCO PERERA, A., cuando sostiene que «la primera consideración que debe hacerse es que ni en DOMAT ni en POTHIER la doctrina del daño previsible y del daño *trop éloigné* pueden racionalizarse como un problema de *causalidad* del daño. El daño previsible no es indemnizable porque el incumplimiento sea su causa, mientras que deje de serlo en el caso de daño imprevisible. DOMAT no habla de causalidad, sino de “imputación”. En cuanto al límite de la *suite tres éloigné* apenas se ofrece otra justificación, salvo que, siendo el daño tan remoto, el incumplimiento sólo puede haber sido «ocasión» del mismo», «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 715.

⁷⁹ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 91 a 102.

⁸⁰ Afirma LEÓN GONZÁLEZ, J.M., que «será POTHIER quien, al redescubrir el *Tractatus de eo quod interest*, ponga fin a ese largo y complejo proceso interpretativo iniciado allá en el año 531. Su mérito consistirá, como en tantas otras ocasiones, en traducir a un buen francés las ideas que el jurista del siglo XVI había formulado antes en un difícil latín, preparando así los materiales que inmediatamente después cristalizarán en el art. 1150 del *Code*», «De nuevo sobre...», *op. cit.*, p. 141.

⁸¹ En nuestra doctrina, sin negar la paternidad del criterio de la previsibilidad a MOLINEO, afirman la importancia de POTHIER en su desarrollo, difusión e incorporación posterior a los Códigos civiles decimonónicos y al Derecho uniforme, entre otros, *vid.*: LEÓN GONZÁLEZ, J.M., «De nuevo sobre...», *op. cit.*, pp. 141 y 142; MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, pp. 112 y 113; OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008...», *op. cit.*, p. 623 y PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, nota al pie núm. 6, p. 1075.

daños y perjuicios, es decir, el daño emergente y el lucro cesante, idea ya consolidada en la época de MOLINEO.

El recorrido que realiza POTHIER, con el objeto de limitar los daños y perjuicios, parte del criterio de la previsibilidad, en los supuestos de deudor no doloso, como límite general del *quantum respondatur*, continúa con la distinción entre los daños intrínsecos y extrínsecos, la facultad moderadora de los Tribunales en los supuestos de deudor no doloso, analiza el agravamiento de la responsabilidad en los casos de deudor doloso y finaliza exponiendo la forma de operar la regla de la previsibilidad en los casos de mora. Todo ello acompañado de ilustrativos ejemplos, muchos de ellos tomados de MOLINEO⁸².

Desde el comienzo de su exposición, POTHIER se pronuncia en contra de la reparación integral del daño, o, si se prefiere, de todos los daños *ocasionados* por el incumpliendo, ya que su preocupación se centra en limitar los daños indemnizables. Así, afirma que «es necesario, sin embargo, no someter el deudor a indemnizar al acreedor de todas las pérdidas indistintamente que le haya ocasionado el incumplimiento de la obligación, y menos todavía a todas las ganancias que el acreedor hubiese podido hacer, si el deudor hubiese satisfecho su obligación. En este punto es necesario distinguir diferentes casos y diferentes especies de daños y perjuicios; y aun es necesario, según los diferentes casos que pueden presentarse, poner una cierta moderación en la fijación y estima de aquéllos que son debidos»⁸³.

Desde el principio, enuncia su teoría de la previsibilidad, otorgándole un papel protagonista a la autonomía de la voluntad de los contratantes, puesto que lo previsible o imprevisible dependerá, siempre en el caso del deudor no doloso, de lo que las partes expresa o implícitamente hayan establecido al

⁸² En nuestra doctrina han estudiado con detalle los postulados de POTHIER, entre otros, *vid.*: CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 713 a 715; LEÓN GONZÁLEZ, J.M., «De nuevo sobre...», *op. cit.*, pp. 141 a 144; MONTÉS PENADÉS, V.L., «Sobre la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 2431 a 2434; MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, pp. 112 a 122 y PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, nota al pie número 6, pp. 1075 a 1079.

⁸³ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 91 y 92.

celebrar el contrato, en los siguientes términos: «Cuando no se puede reprochar al deudor dolo alguno, y que no es más que por una simple falta el que haya dejado de cumplir su obligación, ya sea porque temerariamente se comprometió a lo que no podía cumplir, ya sea porque él se ha puesto después, por su falta, fuera de estado de cumplir su compromiso; en ese caso el deudor no está obligado más que a los daños y perjuicios que se han podido prever cuando el contrato, que el acreedor podría sufrir de la inejecución de la obligación; pues el deudor se halla reputado como no habiéndose sometido otros»⁸⁴.

Toma como punto de partida la indemnización del deudor no doloso, en principio circunscrita al daño *in re ipsa*, si bien, como señala MORALES MORENO, «redefine el alcance de esta regla, conforme a las exigencias de la autonomía de la voluntad. Su noción de previsión (su referencia al daño previsto) no hace sino indicar lo que las partes han querido, o dicho de otro modo, han previsto en el contrato. A falta de voluntad expresa, el daño previsto se determina por la interpretación, en la que tiene un papel muy significativo la función ordinaria del tipo contractual utilizado»⁸⁵.

Una vez enunciado su criterio de la previsibilidad, siempre apoyado en MOLINEO, POTHIER lo armoniza con los daños intrínsecos y extrínsecos. Respecto de los intrínsecos afirma que «por lo común se reputa que las partes no han previsto más que los daños y perjuicios que resultan para el acreedor del incumplimiento de la obligación, y en relación a la cosa que es objeto de la misma, y no aquéllos que la inejecución de la obligación le ha ocasionado en sus otros bienes. Es por esto, que en ese caso, el deudor no es reputado responsable de estos últimos, sino tan sólo de aquellos sufridos en relación a la

⁸⁴ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 92. De tales afirmaciones afirma MORALES MORENO, A.M., que «se construye desde la voluntad (expresa o implícita) de los contratantes o, al menos, del contratante deudor. Nada tiene que ver con una norma dispositiva que pudiera imponer al deudor indemnizar los daños previstos o previsibles para él en el momento de contratar», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 114.

⁸⁵ MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 114 y PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1076.

cosa de que era objeto la obligación: *danni et interesse, propter ipsam rem non aditem*»⁸⁶.

A continuación propone una serie de ejemplos que ilustran su idea sobre el daño *in re ipsa*.

En primer lugar, pone el ejemplo de un contrato de compraventa de un caballo⁸⁷. Ante la falta de entrega del caballo el día convenido, ¿de qué daños tiene que responder el vendedor? Según POTHIER, lo haría exclusivamente del posible aumento del precio que un caballo de las mismas condiciones hubiera experimentado. Y ello, en base a lo que pudo ser previsto al celebrar el contrato, es decir, dicho daño sí entra dentro de lo que es el objeto de la obligación, y por tanto del riesgo asumido por el vendedor. En cambio, continúa proponiendo POTHIER, en el supuesto de que el comprador fuera un canónigo que necesitara el caballo para desplazarse a «recoger sus pingües frutos», y ante la falta del mismo, no pudo hacerlo, por lo que del incumplimiento deriva un perjuicio, cifrado en la no obtención de tales beneficios, ¿podría el canónigo recibir una indemnización por tal importe? A ello responde negativamente, puesto que se trata de «un perjuicio extraño a lo que ha sido objeto» del contrato. Se trata de un daño ajeno a lo previsto en el contrato. Nos encontramos ante el criterio de la previsibilidad en estado puro. La nota que

⁸⁶ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 92.

⁸⁷ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 92: «supongamos que yo haya vendido a alguien un caballo, y que me haya obligado a entregarlo dentro de cierto tiempo, lo que no me haya sido posible hacer. Si dentro de ese tiempo los caballos hubiesen aumentado de precio, lo que el comprador habrá pagado de más por no haber adquirido el mío, y siendo de su misma calidad, es un perjuicio del cual le debo indemnización: pues es un perjuicio que ha sufrido *propter rem ipsam non habitam*, que no tiene relación más a la cosa que ha hecho el objeto del contrato, que he podido prever que él podía sufrir, estando como está el precio de los caballos, como el de las demás cosas sujeto a variaciones. Más si ese comprador fuera un canónigo, quien, por culpa de no haberle entregado el caballo ofrecido, no hubiera podido llegar a tiempo al lugar de su beneficio para recoger sus pingües frutos, en este caso yo no sería responsable de dicha pérdida por más que la hubiera causado el incumplimiento de mi obligación, pues es un perjuicio extraño a lo que ha sido objeto de mi obligación, y que no se ha previsto cuando se celebró el contrato, y para cuya reparación no puede decirse que me hubiera sometido al contratar».

caracterizaría la indemnización del daño vendría determinada por lo previsto en el contrato, quedando extramuros de la misma los no previstos⁸⁸.

Sin embargo, es en el segundo ejemplo, relativo a un contrato de arrendamiento de una casa, donde con mayor claridad se manifiesta su amplia concepción del daño *propter ipsam rem non habitam*: «si he dado a alquiler por dieciocho años una casa que creía de buena fe que me pertenecía, y que al cabo de diez o doce años mi inquilino fuese despedido de la casa por su propietario, yo vendría obligado al pago de daños y perjuicios a mi inquilino, así de los que resulten de los gastos que tenga que hacer para cambiar de local, como también de los que resulten por el aumento de alquiler de las casas ocurrido durante el tiempo de nuestro contrato, puesto que se verá obligado a alquilar una casa de mayor precio antes de expirar nuestro convenio; por cuanto esos daños y perjuicios tienen una relación próxima con el disfrute de la casa que hacía el objeto de mi obligación, y tiene que sufrirlos el inquilino *propter ipsam rem non habitam*. Más si el inquilino, durante el contrato ha establecido un comercio en la casa que le he alquilado, y que su desplazamiento le ocasiona la pérdida de las relaciones contraídas y causa un perjuicio a su comercio, en este caso no vendré obligado a pagarle daños ni perjuicios, por cuanto esos perjuicios fueron extraños a nuestra convención, pues no fueron previstos en el contrato. Con mayor razón, si con motivo del desplazamiento se hubieran echado a perder algunos muebles preciosos, tampoco vendría obligado a resarcirle dicho perjuicio, que es debido a la impericia de la gente de que se ha servido, que es donde reside la causa y no la eventualidad que ha sufrido, que ha sido sólo la ocasión»⁸⁹. El razonamiento jurídico que le lleva a establecer qué daños son o no indemnizables es el mismo que en el ejemplo anterior. Si bien distingue claramente entre los daños que son causados por el incumplimiento, gastos de traslado y el mayor coste de la renta de una casa de las mismas condiciones, y los que siendo también ocasionados por el daño, no son causa del mismo. De donde, en el fondo, la cuestión que subyace es la distinción entre el nexo causal, como *condición sine*

⁸⁸ MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, op. cit., p. 115.

⁸⁹ POTHIER, R.J., *Tratado...*, op. cit., pp. 92 y 93.

qua non del daño, la teoría de la equivalencia de las condiciones y la imputación de los daños. Debe observarse que en este ejemplo, el daño *in re ipsa*, no viene limitado al valor de la cosa, mayor valor de otro arrendamiento, sino que también se incluyen los gastos de traslado al nuevo inmueble, lo que justifica MORALES MORENO en atención a que «tales daños se encuentran en relación próxima con la función del contrato de arrendamiento, que es proporcionar el goce de la cosa durante cierto tiempo»⁹⁰. El razonamiento para excluir los perjuicios ocasionados por el traslado del negocio, responde a que se trata de un daño no previsto en el contrato, donde no se estableció que ese sería el fin para el que se arrendaba el inmueble.

Para POTHIER también resultan indemnizables, siempre y cuando sean previsibles, los daños extrínsecos, lo que justifica sosteniendo que «algunas veces el deudor es responsable de daños y perjuicios al acreedor, bien que extrínsecos, a saber: cuando parece que por el contrato han sido previstos, y que el deudor se ha encargado de ellos de una manera tácita o expresa en caso de incumplimiento de su obligación»⁹¹. Respecto a tales tipos de daños es donde con mayor protagonismo se manifiesta la autonomía de la voluntad, puesto que produce una extensión o ampliación de los daños indemnizables. Ello lleva a MORALES MORENO a afirmar que «la autonomía de la voluntad puede extender los daños imputables, en caso de incumplimiento, a los daños extrínsecos a la función ordinaria del tipo contractual celebrado»⁹². La incorporación de los daños extrínsecos, como una partida indemnizable de los daños, puede derivar bien de un pacto expreso en el contrato o de la propia interpretación del mismo.

Propone dos ejemplos, uno, el mismo de la venta del caballo al canónigo, pero ahora sí, con un cláusula expresa en la que se incluye la

⁹⁰ MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 115.

⁹¹ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 93.

⁹² MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 116.

importancia de recibir a tiempo el mismo para poder obtener sus ingresos⁹³; y otro, el del arrendamiento de una casa para destinarla a posada⁹⁴. En ambos ejemplos existe una asunción del riesgo de que se produzcan los daños extrínsecos, si bien, de manera distinta. En el primer ejemplo, el riesgo se ha asumido de forma expresa, mediante una cláusula en la que se manifiesta la importancia de obtener el caballo a tiempo; en el segundo, la asunción del riesgo de los daños que pueden derivar del lanzamiento del arrendatario posadero, se realiza de forma tácita. De la interpretación del propio contrato, del destino de la vivienda a posada se deriva el riesgo asumido. Muy distinta hubiera sido la solución si la casa se hubiera arrendado a un particular, ajeno a toda actividad empresarial, que un día, después de celebrado el contrato, decide poner una posada en la vivienda. En ambos ejemplos, si bien por vías diferentes, se llega a la misma solución, el riesgo fue asumido y en tanto en cuanto previsible, por lo que se concluye que se tienen que indemnizar los daños extrínsecos.

Hasta aquí se han tratado los daños previsibles, ya intrínsecos o extrínsecos, quedando atribuida a la voluntad de las partes la facultad de caracterizarlos como indemnizables.

Una vez analizado el efecto extensivo del daño indemnizable por la autonomía de la voluntad de las partes, debemos afrontar la previsibilidad en

⁹³ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 93: «he vendido mi caballo a un canónigo, con una cláusula expresa en el contrato, por la cual me había obligado a entregárselo a tiempo para que pudiera llegar en su día a su beneficio para recoger sus grandes frutos. Si en ese caso, falto por mi culpa, bien que sin dolo, a llenar mi obligación, y que el canónigo no haya podido encontrar fácilmente otro caballo, ni otro carruaje, vendré obligado al pago de daños extrínsecos resultantes de la pérdida que haya sufrido en sus pingües frutos; pues por la cláusula del contrato, el riesgo del perjuicio se había previsto y expresado, considerándose por lo tanto que yo me había encargado del mismo».

⁹⁴ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 93 y 94: «si he alquilado una casa a un tal, en su calidad de tratante, para convertirla en posada, y que el inquilino se vea contrariado en el disfrute de la misma por mi culpa, le debo daños y perjuicios que no se limitarán a los gastos de mudanza, y a los que puedan resultar del aumento del precio de alquileres, como hemos dicho que debían limitarse en el caso anterior; pues la pérdida que habrá hecho de sus relaciones, si no ha podido encontrar otra cosa en el cuartel, ha de entrar por alguna cosa: puesto que habiendo alquilado mi casa para que abriera tienda o posada, esta especie de daños, es un daño cuyo riesgo ha sido previsto, y al cual se ha de reputarme sometido».

su función limitativa de los daños, es decir, la imprevisibilidad como función delimitadora de los daños indemnizables; o, lo que es lo mismo, la negación de la indemnización de aquellos daños cuyo riesgo de producción no ha sido asumido por las partes⁹⁵.

Es, al tratar POTHIER los fundamentos de la función excluyente de determinados daños de la imprevisibilidad, cuando con mayor virtualidad se pone de manifiesto su criterio de la previsibilidad, y para el que fue elaborado, esto es, para limitar los daños. Los razonamientos jurídicos que le llevan a negar la indemnización de los daños imprevisibles, siempre en el entendimiento de que en todo momento nos estamos refiriendo a un deudor no doloso, se encuentran, según sus propias palabras, en que «las obligaciones que nacen de los contratos no pueden formarse más que por el consentimiento y la voluntad de las partes. Ahora bien, el deudor, al obligarse al pago de daños y perjuicios que resultarían de la inejecución de la obligación, se reputa como no habiéndose entendido ni querido obligar más que hasta la suma a la cual él ha podido racionalmente prever que podían montar a lo más los dichos daños y perjuicios, y no más allá»⁹⁶.

Debe advertirse, que, en POTHIER, la función excluyente o limitadora de la indemnización de los daños de la imprevisibilidad se manifiesta de dos formas o grados. La primera, que tendría una función de exclusión total del daño; como el daño no era previsto, ni en su clase ni en su cuantía, debe ser íntegramente rechazada su indemnización. Nos encontraríamos ante una función excluyente del daño en estado puro. La segunda tendría como presupuesto la producción de un daño que era previsible en cuanto a su existencia, pero, sin embargo, no respecto a lo elevado de su cuantía; es decir,

⁹⁵ En tal sentido afirma MORALES MORENO, A.M., que «el papel que Pothier atribuye a la voluntad en la imputación del daño indemnizable se corresponde con el que asigna a la imprevisibilidad como límite de imputación. Un tipo de daño, imputable conforme al contrato, deja de serlo si el mismo es imprevisible para el deudor, en el momento de contratar. La razón de esta limitación está, también, en la autonomía de la voluntad. No se puede considerar querido lo no conocido (*nihil volitum nisi praecognitum*)», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 117.

⁹⁶ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 96.

su envergadura excede de lo que las partes habían previsto. En estos casos, como expondremos, no se trata de que se haga una exclusión de los daños, sino una moderación de su cuantía por los tribunales.

Por lo que respecta a la primera función de la imprevisibilidad, la de absoluta exclusión de la indemnización de determinados daños, propone dos ejemplos tomados también de MOLINEO. El del carpintero que vende unos puntales para el sostenimiento de una vivienda, que, resultando ser defectuosos, no impiden la ruina de la misma⁹⁷. Una vez afirmado el derecho del propietario de la vivienda a su valor, a la cuestión de si deberían ser indemnizados los daños producidos por la pérdida de los muebles y enseres

⁹⁷ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 94 y 95: «una persona me ha vendido un cierto número de piezas de madera, de la que me he servido para apuntalar mi casa, que se arruina por defecto de la mala calidad de los maderos que estaban podridos. Si el vendedor no era hombre entendido en el asunto, es decir, que no era de su oficio el conocer la calidad de los maderos, de los que ignoraba sus defectos, los daños y perjuicios que resulten del hecho de que los maderos que él me vendiera fueran defectuosos, no consistirá más que en una deducción sobre el precio de lo que yo les he pagado de más, al comprar por bueno lo que era defectuoso; mas no se extenderán a la pérdida que he sufrido por la ruina de mi casa, pues el vendedor que me ha vendido la madera de buena fe, y que no tenía mayor obligación que la mía en punto a conocer la calidad de la madera, se ha de reputar como no habiéndose encargado del riesgo. Mas si aquel que me ha vendido dichos maderos es un hombre del oficio, si es un carpintero el que me ha vendido dichos puntales para apuntalar mi casa, vendrá obligado para conmigo al pago de los daños y perjuicios que resulten de la ruina de mi casa por defecto de sus puntales, y no será admitida su disculpa de que él los creía buenos y suficientes; pues aun cuando dijera verdad, esta ignorancia de su parte no podría excusarse en un hombre que hace profesión pública de un estado y un arte: *Imperitia culpaе annumeratur*. Al venderme dichos puntales para apuntalar mi casa, y al vendérmelos en su calidad de carpintero, se declaraba incurso en las responsabilidades consecuentes para el caso de que dichos maderos fueran insuficientes, habiéndose por lo tanto declarado responsable del riesgo que corría mi casa. Observad, sin embargo, que no debe reputársele por responsable de otra cosa más que del riesgo que se me ha encargado. Es por esto que, si dicho carpintero me ha vendido sus maderos para sostener una casa dada, y yo me sirvo de ellos para sostener otra de mayor importancia, no tan sólo el carpintero no será responsable de la ruina de esa casa, en el caso de que los maderos hubiesen sido insuficientes para el sostén de la pequeña construcción para que habían sido destinados, por cuanto en ese caso el carpintero no incurre en falta de clase alguna; sino que aun en el caso de que hubiese falta, esto es, de que sus maderos fueran absolutamente defectuosos e insuficientes, aun para el sostén del pequeño edificio para el cual habían sido destinados, no vendría obligado al pago de daños y perjuicios resultantes de la ruina de mi gran edificio más que por la suma o valor de mi pequeña casa: pues no habiéndome vendido dichos puntales más que para sostener mi pequeña casa, se entiende que no se ha entendido encargar del riesgo de daños y perjuicios que yo sufriría, más que por el valor de dicha pequeña casa, y que por consiguiente no debemos, según nuestros principios, extender más allá su responsabilidad. Tal vez hubiera puesto mayor cuidado si hubiese entendido correr un riesgo mayor, o que él los hubiese vendido para un mayor edificio».

que perecieron con la misma, POTHIER contesta negativamente⁹⁸, basándose en que el carpintero no ha podido prever, siendo lo normal que una vivienda apuntalada esté desalojada, que tales objetos se encontraran dentro de la vivienda, por lo que no asumió el riesgo de su pérdida. Matiza POTHIER, que ello no obsta, para que, si el comprador de los puntales hubiera puesto en conocimiento del carpintero que apuntalaría la vivienda, continuando con su vida normal dentro de la misma, y, conociendo tal dato, tácitamente habría asumido el riesgo de su pérdida, con lo cual el daño si sería previsible y, por tanto, indemnizable⁹⁹.

A diferencia del anterior ejemplo, propone el de la ruina de un edificio¹⁰⁰, en el que sí resulta previsible el riesgo de que, como consecuencia de la defectuosa construcción de una vivienda, además de indemnizar el constructor el valor de la misma, también tenga que responder del mobiliario, puesto que la finalidad de celebrar un contrato para edificar una casa es la de vivir en ella¹⁰¹.

⁹⁸ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 95: «un carpintero me ha vendido puntales para el sostén de mi casa, que se ha hundido por defecto e insuficiencia de los mismos, los daños y perjuicios a que viene obligado se limitan a la ruina de la casa, y no se extienden a la pérdida de los muebles que tiene dentro, y se han roto o perdido en las ruinas; pues dicho obrero al venderme sus puntales para el sostén de mi casa, no ha entendido responder más que de la conservación del edificio, no es más que de este riesgo de lo que él se ha encargado, y no del riesgo de la pérdida de mis muebles, que no ha podido prever que yo dejara dentro, cuando por lo ordinario, se desamuebla una casa que se apuntala. Es por esto que dicho carpintero no debe ser considerado como responsable de la pérdida de dichos muebles, a menos de que no se hubiese encargado expresamente de ese riesgo».

⁹⁹ En referencia a este ejemplo, indica MORALES MORENO, A.M., que «la imprevisibilidad del daño justifica en este caso una excepción a la regla ordinaria de imputación de daños propia del contrato (del tipo contractual) celebrado», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 118.

¹⁰⁰ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 95: «no sucede lo mismo cuando se trata del albañil con quien he hecho un contrato para que me construya una casa, la que, al poco de estar construida, se hunde por defecto de construcción. Los daños y perjuicios que me debe este empresario ignorante por falta de no haber llenado como debía su obligación, se extienden no solamente a pérdida que he tenido de la casa, y que no he podido salvar, pues dicho empresario al obligarse a construirme una casa, vivir en ella, o un inquilino, no podía ignorar que se llevarían a la misma muebles, pues no podía habitarse en la misma sin ellos, y por consiguiente se ha encargado del riesgo de los mismos».

En relación a la segunda función atribuida a la imprevisibilidad, no se trata, como ya se ha indicado, de un supuesto de exclusión de los daños, sino de una moderación de su cuantía por los tribunales, y ello en base a los principios en los que se inspira la Constitución de Justiniano, es decir, la razón y la equidad natural. La propuesta de POTHIER, como afirma PANTALEÓN PRIETO, tiene como objetivo «armonizar lo dispuesto en C. 7. 47. 1, modificándolo en lo necesario, con el criterio general de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar»¹⁰².

Este afán armonizador lleva a POTHIER a afirmar que «cuando los daños y perjuicios son considerables, no deben tacharse y liquidarlos de una manera rigurosa, sino con una cierta moderación»¹⁰³. Para ello parte de la fórmula que estableció Justiniano en la Constitución para indemnizar los daños intrínsecos, los únicos indemnizables en la época, para los *casus certi*, y lo ilustra con el ejemplo ya visto del comprador del viñedo. Del ejemplo extrae el razonamiento que inspirara a Justiniano, que, si bien lo rechaza, sí comparte su espíritu, y es el que aplica a su criterio de la previsibilidad. Afirma que «... cuando esos daños y perjuicios suben a una suma excesiva, a la cual el deudor jamás ha podido pensar que pudieran subir, deben reducirse y moderarse a la suma a la que se puede racionalmente pensar que podrían subir como máximo, pues ha de reputarse el deudor como no habiéndose obligado a más»¹⁰⁴. Continúa criticando la propuesta de Justiniano señalando que «en tanto que limita la moderación en los daños y perjuicios excesivos, *precisamente* al doble del valor de la cosa, es en esto una ley arbitraria, y que no tiene autoridad en nuestras provincias», si bien a continuación extrae la regla, que sí le resulta

¹⁰¹ Al respecto de dicho ejemplo afirma MORALES MORENO, A.M., que «la previsibilidad de un daño comprendido en el ámbito de protección del contrato justifica el que el mismo sea indemnizable», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 118.

¹⁰² PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1077. *Vid.*, también LEÓN GONZÁLEZ, J.M., «De nuevo sobre...», *op. cit.*, p. 142 y MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 119.

¹⁰³ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 95.

¹⁰⁴ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 96.

adecuada, afirmando que «el principio sobre que está fundada, que no permite que un deudor a quien no se puede reprochar dolo alguno, sea tenido al pago de los daños y perjuicios que resulten de la inejecución de su obligación más allá de la suma a la cual ha podido pensar que podrían subir como máximo, siendo un principio fundado en la razón y equidad natural, nosotros debemos seguirle y moderar conforme a ese principio los daños y perjuicios, cuando se encuentren excesivos, dejando esta moderación al arbitrio del juez»¹⁰⁵. La misma moderación debe aplicarse en el caso de los daños extrínsecos, de los que afirma que «aun en relación a esos daños extrínsecos, se debe usar de moderación cuando se encuentren excesivos, y no se debe condenar al deudor por más de la suma máxima que racionalmente podía él pensar»¹⁰⁶.

De lo hasta aquí expuesto sobre el pensamiento de POTHIER se deben extraer las siguientes conclusiones: no distingue los casos ciertos de los inciertos, como hacían Justiniano y MOLINEO, ya que unifica bajo la delimitación común de la previsibilidad todos los tipos de incumplimientos. Son resarcibles

¹⁰⁵ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 96 y 97. Esta facultad moderadora que atribuye a los Tribunales la ilustra con el siguiente ejemplo: «si yo he metido dentro de un tonel un vino extranjero u otro licor de un precio inmenso, que se ha perdido por un vicio del tonel, el tonelero que me lo ha vendido, no debe ser condenado a indemnizarme de esta pérdida en entero, sino tan sólo hasta concurrencia del precio de un tonel del mejor vino del país; pues que, al venderme el tonel, no entendía encargarse de otro riesgo, pues no podía prever que yo metiese en él un licor de elevado precio». En esta facultad moderadora se encuentra el precedente de nuestro artículo 1103 del Código, facultad moderadora que no se consagró en el *Code* francés. Al respecto afirma CARRASCO PERERA, A., que «el sistema concluido por POTHIER pasaría sin mayor variación a los artículos 1.150 y 1.151 del *Code*, salvedad hecha de la facultad de moderación del daño intrínseco cuando *a venditore non sit cogitatum de tanta suma*, facultad de la que no queda rastro en el Derecho positivo francés, y que en el nuestro se conserva curiosamente como una de las aplicaciones de la facultad moderadora del artículo 1.101», «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 714.

¹⁰⁶ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 97. En este sentido indica MORALES MORENO, A.M., que «POTHIER articula en este caso un sistema de moderación judicial de la cuantía de los daños, cuando éstos resultan excesivos. Atiende al mismo problema al que intentó dar solución Justiniano en la ley 7 del *Codex*; pero por una vía menos automática, más adaptada a la autonomía de la voluntad. Para ello utiliza la idea de imprevisibilidad. Hay daños que, siendo por su causa imputables al deudor incumplidor, alcanzan, por una serie de circunstancias posteriores, concurrentes, una cuantía tan elevada, que era imprevisible para el deudor en el momento de celebrar el contrato. En estos casos POTHIER encuentra justificada una reducción de la cuantía de la indemnización, por ser imprevisible la cuantía del daño. Un daño de cuantía no previsible al contratar no está asumido por la autonomía de la voluntad», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 119.

siempre los daños intrínsecos, y los extrínsecos en la medida que hayan sido previstos. Recuérdese que en Justiniano sólo lo eran los intrínsecos, y que para MOLINEO, la previsibilidad de los intrínsecos quedaba limitada al *duplum*, no en cambio para los extrínsecos. Modera la indemnización de la cuantía tanto de los unos como de los otros, atendiendo al carácter previsible de la misma. En definitiva, POTHIER universaliza la previsibilidad como criterio de delimitación de los daños indemnizables, cualquiera que sea el tipo de incumplimiento o de daño¹⁰⁷.

Hasta ahora se ha expuesto la regla general de POTHIER, aplicable sólo al deudor no doloso. A continuación, enuncia una excepción, un tratamiento diferente para los supuestos de deudores dolosos, que, como ya se indicó, también estaba presente en el Digesto y en MOLINEO. Ahora sí inspirada en el principio de reparación integral del daño, si bien dicho principio lo limita atendiendo, como afirma MORALES MORENO, al «criterio de la proximidad de la causa y cuestiona la indemnización de las consecuencias dañosas más alejadas de la acción dolosa y más indirectas (*plus éloigné et plus indirecte du dol*)»¹⁰⁸.

Formula POTHIER que «los principios que hemos establecido hasta el presente no tienen lugar cuando es el dolo de mi deudor quien ha dado lugar a que se me abonen daños y perjuicios. En este caso el deudor es responsable indistintamente de todos los daños e intereses que yo he sufrido, a los cuales su dolo ha dado lugar, no tan sólo por aquellos que yo he sufrido en relación a la cosa que ha sido objeto del contrato, *propter rem ipsam*, sino de todos los daños e intereses que he sufrido en relación a mis otros bienes, sin que haya lugar de distinguir y de discutir en ese caso si el deudor viene obligado a ello: pues aquel que comete un dolo se obliga (*velit, nolit*) a la reparación de todo el

¹⁰⁷ Como acertadamente afirma CARRASCO PERERA, A., «la doctrina de la previsibilidad no va a plantearse como un problema de selección causal de los daños, sino como una pura cuestión de *exclusión de ciertos daños*. En concreto, su finalidad consiste en excluir la indemnización del lucro cesante y de los daños consecuenciales distinto del daño de prestación, «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 715.

¹⁰⁸ MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 120.

daño que ese dolo causare»¹⁰⁹. Esta extensión o agravación de los daños indemnizables lo ilustra con el ejemplo del vendedor que, con conocimiento del contagio de una vaca, la vende, a resultas de que, posteriormente, muere la vaca enferma y el resto del rebaño del comprador, haciendo responsable al vendedor doloso de la reparación no sólo de la primitiva vaca vendida, sino también del resto del ganado¹¹⁰.

Con la anterior formulación de que de «todos los daños e intereses que yo he sufrido el deudor es responsable» y el ejemplo que lo ilustra, acoge el principio de reparación integral del daño, pero posteriormente lo matiza o limita, con el objeto de impedir que un incumplimiento doloso suponga hacer responsable al incumplidor de una cadena infinita de daños. En definitiva, se pregunta: ¿De entre todos los daños derivados/ocasionados por el incumplimiento, cuáles no serán indemnizados? O al revés ¿Qué daños de todos los producidos tendré que indemnizar? Hoy día, la pregunta que probablemente se haría POTHIER, sería ¿cuáles de todos los daños derivados del incumplimiento doloso son imputables objetivamente al deudor? Debe observarse que nos encontramos ante un problema de determinación de qué daños se debe responder, hasta dónde. Esta delimitación en los casos de deudores no dolosos venía establecida por lo previsto por las partes. Sin embargo, aquí acude POTHIER, como criterio delimitador a la proximidad de la causa, del incumplimiento, con el daño¹¹¹, lo que le lleva a afirmar que no

¹⁰⁹ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 98. De los postulados de POTHIER afirma MORALES MORENO, A.M., con el que coincidimos, que «no es la autonomía de la voluntad (contrato), sino la ley, la que ordena la imputación del daño», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 120.

¹¹⁰ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 98.

¹¹¹ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 98 y 99: «en relación a los otros daños que yo he sufrido como consecuencia lejana e indirecta del dolo de mi deudor, ¿será también responsable? Por ejemplo: si en el caso anterior al contagio que ha sido comunicado a mis bueyes por la vaca que me ha sido vendida, me ha impedido cultivar mis tierras: el daño que he sufrido en el hecho de que mis tierras hayan quedado incultas, parece también una consecuencia del dolo de este tratante que me ha vendido una vaca infeccionada; pero es una consecuencia más lejana que no la que he sufrido en mi ganado; ¿es también responsable, empero, de dichos daños? *Quid*, si la pérdida que he tenido en mis ganados, y el daño que he sufrido del defecto de cultivar mis tierras, habiéndome impedido pagar mis deudas, mis acreedores han secuestrado y vendido mis bienes a vil precio, ¿el tratante será también

resultarán indemnizables los daños remotos o lejanos al incumplimiento, es decir, que no sean consecuencia necesaria y directa de la acción u omisión del deudor. Sin duda, si los redactores de nuestro Código civil no se hubieran alejado tanto del pensamiento de POTHIER respecto del deudor doloso, nuestra doctrina no tendría que haber realizado una correctora interpretación de la expresión «*todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento*» del párrafo segundo de nuestro artículo 1107, lo que será objeto de estudio en otro epígrafe. Estos daños indirectos o remotos, si bien tendrían su ocasión en el incumplimiento del deudor, su causa, o mejor dicho su imputación a efectos de no atribución de responsabilidad al deudor, habría que conectarla con el deber de mitigar el daño que tiene todo acreedor¹¹², siendo la causa directa o próxima de su producción la falta de mitigación por parte del acreedor¹¹³.

responsable de esos daños? La regla que me parece que en ese caso debería seguirse, es, que no debe comprender en los daños e intereses de los cuales un deudor es responsable por razón de un dolo, aquellos que no solamente no son una consecuencia lejana, ni una consecuencia necesaria, si que pueden tener otra causa. Por ejemplo, en el caso antes dicho, el mercader no será responsable de los daños que he sufrido por el secuestro de mis bienes: por cuanto este resultado no es más que una consecuencia lejana de su dolo y no una relación necesaria; pues bien que la pérdida de mi ganado que su dolo me ha causado, haya influido en el desequilibrio de mi fortuna, ese desequilibrio puede tener otras causas. Esto está conforme con la doctrina de Dumoulin, donde hablando de los daños de que es responsable el inquilino de una casa a la que ha pegado fuego como malicia, dice: *Et adhuc in doloso intelligitur venire omne detrimentum tunc et proxime secutum, non autem damnum postea succedens ex novo casu, etiam occasione dictae combustionis, sine qua non contigisset, quia istud est damnum remotum, quod non est in consideratione*».

¹¹² POTHIER, R.J., *Tratado...*, op. cit., p. 99: «la pérdida que he sufrido por defecto de cultivo de mis tierras, parece ser una consecuencia más lejana del dolo del tratante: empero, pienso que de ella no se le ha de reputar como responsable, o por lo menos que no ha de abonarla por entero. Ese defecto de cultivo no es una consecuencia absolutamente necesaria de la pérdida de mi ganado, que me ha causado el dolo de ese tratante: yo podría, no obstante la pérdida de mi ganado, obviar a ese defecto de cultivo haciendo cultivar mis tierras por otros animales que podría comprar, o, caso de que no tuviera ese medio, que hubiese podido alquilar; o bien sub-arrendando mis tierras, si no tenía medios de hacerlas producir por mí mismo. Empero, como, por más que recurriera a dichos expedientes, yo no habría podido retirar tanto provecho de mis tierras, como si las hubiese podido cultivar por mí mismo, con mis bueyes que he perdido por el dolo del tratante, eso puede entrar por alguna cosa en los daños y perjuicios que me son debidos».

¹¹³ Al respecto afirma MORALES MORENO, A.M., que «Pothier utiliza como argumento el deber de mitigar el daño. Cree que el acreedor pudo evitar ese daño, comprando o arrendando otros animales, o dando en arrendamiento sus tierras. Si no lo hizo, su omisión es la causa próxima del daño. El dolo del vendedor (que provoca directamente la muerte de los bueyes) no es la causa próxima, pues no produce como «consecuencia absolutamente necesaria» ese daño. Y en caso de que el comprador hubiera tomado medidas para mitigar el daño y a través

De la formulación que realiza POTHIER de la regla aplicable al deudor doloso, se colige claramente su deseo de que éste no se beneficie del límite que suponían los daños que las partes habían previsto al contratar y ello lo justifica afirmando que «quien comete dolo, se obliga indistintamente *velit, nolit*, a la reparación del daño que el dolo causara»¹¹⁴.

Por último, trata POTHIER los supuestos de incumplimiento por retraso o mora, a los que también aplica el criterio de la previsibilidad. Cuando se dan tales supuestos, el deudor tiene que indemnizar tanto el daño emergente como el lucro cesante, lo que también plantea establecer límites a los mismos. En caso de no concurrir dolo, sólo responderá de los daños previstos al tiempo de contratar; por el contrario, cuando se le puede reprochar dolo al deudor, lo hará de todos los daños y perjuicios, siempre con el límite de la proximidad de los mismos con el incumplimiento¹¹⁵. De esta regla general exceptúa los supuestos en los que el retardo o la mora es de una prestación dineraria, en los que el acreedor tendrá derecho a una indemnización, con independencia de la magnitud del daño que derive del retraso y de que se le pueda reprochar culpa o dolo, que se cifra en los intereses. Esto lo justifica en que «como los diferentes daños y perjuicios que pueden resultar del retardo del cumplimiento de esta especie de obligación varían al infinito, y que es tan difícil preverlos como justificarlos, ha sido necesario reglarlos como por una especie de un tanto alzado, a un tanto fijo»¹¹⁶. Considero que en el fondo en esta regla también late el principio de la previsibilidad, si bien de forma figurada al igual que en el criterio del *duplum* de Justiniano. Recuérdese que MOLINEO afirmó que el límite del *duplum* se justificaba en que era la cantidad máxima que podía reclamar como indemnización la parte que sufría el incumplimiento, porque era

de ellas hubiera obtenido el provecho del cultivo de sus tierras, el menor provecho obtenido, debido al coste de esas medidas, puede quedar comprendido en los daños que indemniza el vendedor», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 121.

¹¹⁴ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 100.

¹¹⁵ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 100.

¹¹⁶ *ult. op. cit.*, p. 100.

la establecida en la Constitución y era perfectamente previsible al tiempo de contratar. Por la misma regla, en los supuestos de retraso en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, los intereses de la cantidad adeudada son plenamente previsibles por las partes porque representan la indemnización prefijada. No obstante lo anterior, existe una importante diferencia entre ambos límites: el *duplum* era un tope máximo, es decir, podría ser inferior o incluso coincidir; en el caso de los intereses, nos encontramos ante un límite fijo, es decir, la indemnización no puede oscilar hasta el máximo de los mismos, sino que siempre será ese interés el importe de la indemnización. Su cálculo es una mera operación matemática.

Hasta aquí hemos trazado la evolución histórica del criterio de la previsión o previsibilidad del daño desde los textos del Derecho Romano hasta POTHIER, lo que sin duda resultará un material de interés para cuando abordemos el estudio de dicha cuestión en otros sistemas jurídicos, especialmente en los artículos 1107 de nuestro Código civil y 9:503 de los PECL.

3.2.2. La influencia del test de previsibilidad en los Códigos civiles decimonónicos: especial referencia al artículo 1107 del Código civil español

En este epígrafe abordaremos el análisis que la acogida de los postulados de POTHIER ha tenido en los Códigos civiles de nuestro entorno, así como su rechazo por el BGB.

La regla de la previsibilidad tal y como fue completada y difundida por POTHIER influyó en la elaboración de los artículos 1150 y 1151 del *Code* francés, siendo también recogida en los artículos 1223 y 1225 del *Codice Civile* italiano y 1107 de nuestro Código civil. Una fórmula más breve y genérica fue la adoptada por el artículo 43 del Código civil suizo de obligaciones¹¹⁷.

En el Derecho francés, se establece un tratamiento diferente en función de que nos encontremos ante un deudor que incurre o no en dolo. El artículo 1150¹¹⁸ dispone que *«el deudor sólo estará obligado al pago de daños e intereses previstos o que hubieran podido ser previstos en el momento del contrato, cuando en el incumplimiento de la obligación no existiera dolo por su parte»*¹¹⁹. Este artículo, que contiene la extensión del daño indemnizable en los casos de un deudor no doloso, reproduce el criterio de POTHIER de la previsibilidad como límite de dicha extensión; en consecuencia, tal deudor sólo responderá de los daños previstos o que se hayan podido prever al momento de la celebración del contrato.

Como ha afirmado OLIVA BLÁZQUEZ, la interpretación del criterio de la previsibilidad en la doctrina francesa «se ha vinculado a la tesis de la adecuación causal, de tal manera que será previsible cualquier consecuencia

¹¹⁷ *Code civil suisse: «Art. 43.1: Le juge détermine le mode ainsi que l'étendue de la réparation, d'après les circonstances et la gravité de la faute».*

¹¹⁸ Sobre su tramitación señala MONTÉS PENADÉS, V.L., que «el título 3º del libro III del Código Civil francés fue presentado al Consejo de Estado por BIGOT de PRÉAMENEU en 3 de noviembre de 1803 con la advertencia de que está inspirado casi enteramente en el Derecho Romano y al Cuerpo Legislativo en 28 de enero de 1804, con un discurso preliminar de BIGOT de PRÉAMENEU, que justifica los arts. 46-48 del Proyecto (1.149 a 1.151 CC). En opinión de este jurista, el daño resarcible no debe superar la pérdida sufrida por el acreedor y la ganancia de que ha sido probado, ni ir más allá de lo que fue o pudo ser previsto en el momento de la conclusión del contrato. Las consecuencias imprevisibles sólo son resarcibles si el deudor está en dolo, porque en tal caso surge una nueva obligación que no es satisfecha sino resarciendo todo el daño causado. Pero aún en tal caso, el resarcimiento está ligado a la convención (a la inejecución o incumplimiento del contrato) y, por tanto, se excluye lo que no sea consecuencia directa e inmediata del incumplimiento. La teoría de la previsibilidad del daño, que en las obras de MOLINEO y POTHIER se aplicaba a las obligaciones de dar, viene así a ser generalizada para todas las obligaciones en el Code Civil», «Sobre la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 2432. Señala PANTALEÓN PRIETO, F., «que el que era el artículo 47 del título «*Des obligations*» del Proyecto de Código Civil del año VIII de la Comisión de Gobierno: «*Le juge doit toujours taxer les dommages et intérêt avec une certaine moderation lorsqu'il n'y a point dol de la part du débiteur*», fue finalmente rechazado por los legisladores franceses, muy poco amigos de dejar terrenos de juego al arbitrio judicial, «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1079.

¹¹⁹ *Code civil français: «Art. 1150: Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée».*

típica o probable (*natural cours of things*) de una concreta falta de cumplimiento»¹²⁰.

También se inspira en los postulados de POTHIER el art. 1151 que, respecto al deudor doloso, establece que «*en caso de que el incumplimiento de lo acordado resulte del dolo del deudor, los daños y perjuicios sólo deberán comprender con relación a la pérdida que hubiera sufrido el acreedor y la ganancia de la que hubiera sido privado, las que se hubieran producido como consecuencia inmediata y directa del incumplimiento del acuerdo*»¹²¹. Dispone el artículo qué daños son indemnizables en los supuestos en que el deudor ha incurrido en dolo. Si bien en el art. 1150 el criterio de la delimitación del daño resarcible quedaba circunscrito al que hubiera resultado previsto o previsible, siempre y cuando sea consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, el 1151 conecta dicha delimitación al criterio de la proximidad, es decir, que exista suficiente conexión causal entre el incumplimiento, que es la causa, y el daño padecido por el acreedor, que es la consecuencia o efecto del mismo. No resultarán indemnizables los daños, según la terminología propia del *Common Law*, *too remote*, es decir, aquellos en los que no se da, respecto del incumplimiento, un vínculo de proximidad.

La regla de la previsibilidad, por influencia del *Code Napoléon*, fue acogida casi textualmente por el artículo 1128 del *Codice civile* italiano de 1865, siendo hoy el vigente artículo 1225 del *Codice* de 1942 el que establece que «*si el incumplimiento o la mora no se deben a dolo del deudor, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que nació la*

¹²⁰ OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008...», *op. cit.*, p. 628. Sobre cómo ha interpretado la doctrina y la jurisprudencia francesa el tenor literal de los artículos 1150 y 1151 principalmente en relación a la teoría de la causalidad adecuada, *vid.*: CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, pp. 717 y 718 y MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, pp. 124 a 129.

¹²¹ *Code civil français*: «Art. 1151: Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention».

obligación»¹²². Dicho artículo de forma especular al 1150 del texto francés limita la responsabilidad del deudor no doloso a los daños previstos o previsibles en el momento de la celebración del contrato¹²³. La regla para los deudores dolosos se consagra en el artículo 1223 que dispone que «*el resarcimiento del daño por el incumplimiento o por la mora debe comprender tanto la pérdida sufrida por el acreedor como la ganancia frustrada, en cuanto que sean consecuencia inmediata y directa*»¹²⁴. Nuevamente se observa, al igual que en el artículo 1151 del *Code*, que el deudor doloso responderá hasta el límite de las consecuencias que sean efecto inmediato y directo del incumplimiento¹²⁵.

Tanto en el Derecho francés como en el italiano, el requisito de la previsibilidad de los daños para los deudores no dolosos debe ser completado con la necesidad dispuesta en los artículos 1151 y 1223, respectivamente, de que el daño sea consecuencia inmediata y directa del incumplimiento. Por ello, estos artículos no sólo cumplen la función de delimitar los daños indemnizables en los supuestos de los deudores dolosos, sino también la de complementar los requisitos del daño indemnizable en los supuestos de deudores no dolosos¹²⁶.

¹²² *Codice civile italiano*: «Art. 1225: *Se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione*».

¹²³ Sobre la regla de la previsibilidad en el Derecho italiano *vid.*, ZACARRIA, A., «Commentario al artt. 1225», *Commentario Breve al Codice Civile*, Giorgio Cian e Alberto Trabucchi, decima edizione a cura di Giorgio Cian, Cedam, Padova, 2011, p. 1286. Y en relación con el artículo 9:503 de los PECL MARI, A., «Commentary Arts. 9:501 a 9:510», en AA.VV., *Principles of European Contract Law and Italian Law*, (edited by Luisa Antonioli y Anna Veneziano) Kluwer Lax International, The Netherlands, 2.005, pp. 451 y 453.

¹²⁴ *Codice civile italiano*: «Art. 1223: *Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta*».

¹²⁵ Acerca de la extensión de los daños indemnizables en el deudor doloso *vid.*, ZACARRIA, A., «Commentario al artt. 1223», *op. cit.*, pp. 1276 a 1280.

¹²⁶ CRISTÓBAL MONTES, A., «El enigmático artículo 1.107...», *op. cit.*, p. 566.

A diferencia de los anteriores sistemas jurídicos, la función de la delimitación del daño indemnizable contractual en nuestro Código civil la cumple un único artículo, el 1107, que consta de dos párrafos, el primero, dedicado, según su tenor literal, al deudor de buena fe, que preferimos denominarlo ordinario o no doloso; y el segundo, relativo a aquellos supuestos en los que el deudor, ahora adoptando en su nomenclatura una expresión correcta y coherente con sus antecedentes, es doloso, es decir, en su incumplimiento, ha incurrido en dolo¹²⁷. También podemos referirnos a ambos apartados distinguiendo entre los efectos del incumplimiento ordinario y el doloso, en relación a los párrafos 1º y 2º respectivamente¹²⁸.

Debemos advertir, que ahora nos vamos a limitar al estudio del proceso de gestación del artículo 1107¹²⁹, dejando el análisis de los problemas que la redacción final ha planteado -en concreto las cuestiones relativas a la caracterización culposa o dolosa del incumplidor y la de los requisitos que deben reunir los daños indemnizables por dichos deudores-, así como la forma en que nuestra doctrina y jurisprudencia lo ha interpretado en búsqueda de soluciones, para cuando abordemos el estudio de cómo los PECL resuelven la cuestión de la delimitación de los daños y perjuicios, y así comparar ambos sistemas con el objeto de ofrecer las soluciones que consideremos más coherentes.

¹²⁷ Como afirma MORALES MORENO, A.M., «la distinción del art. 1107 entre deudor de buena fe y deudor doloso no tiene otra función que separar dos sistemas diferentes de imputación de los daños en la responsabilidad contractual», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, nota al pie número 425 p. 157.

¹²⁸ MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 157.

¹²⁹ Acerca de los antecedentes y avatares de la gestación de la redacción del art. 1107, *vid.*, los trabajos realizados por: CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, pp. 720 y ss.; CRISTÓBAL MONTES, A., «El enigmático artículo 1.107...», *op. cit.*, pp. 560 y ss.; GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, pp. 543 y 544; MONTÉS PENADÉS, V.L., «Sobre la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 2428 y ss.; MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, pp. 160 a 163; PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 1025 y 1026. 1037, 1079. 1088 a 1091; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888)*, Colegios Notariales de España, 2ª edición, Madrid, 2006, p. 341 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, pp. 243 a 245.

Para el análisis del artículo 1107, debemos tomar como punto de partida la redacción dada por GARCÍA GOYENA al artículo 1016 del Proyecto de Código civil de 1851, que dispone que «*en el resarcimiento de los daños ó perjuicios solo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del contrato. En caso de dolo, se entenderá la indemnización á los que hubieren sido conocidamente ocasionados por él*»¹³⁰.

Este artículo, al igual que los Códigos civiles francés e italiano, establece dos regímenes diferentes en función de cuál haya sido la conducta del deudor. Los deudores ordinarios o no dolosos verán limitada la extensión de sus daños a los que sean «*consecuencia inmediata y necesaria*», lo que razona señalando «que parecen equivaler á las de la ley 21, párrafo 3, título 1, libro 19 del Digesto, *utilitas quae circa ipsam rem consistit...*»¹³¹. GARCÍA GOYENA se aparta del criterio de la previsibilidad del artículo 1150 del *Code*, afirmando que «la dificultad de estimar el cuánto del daño está íntimamente enlazada con la de fijar los límites de la responsabilidad; las palabras del artículo Francés para el caso de no haber dolo, no dan un idea clara: ¿qué es lo que se previó ó pudo preverse? Cada contrayente dirá que él previó los daños de diferente manera»¹³².

Respecto al deudor doloso, se le hace responder de «*los que hubieren sido conocidamente ocasionados por*» el incumplimiento. Aquí, tampoco es fiel GARCÍA GOYENA a la expresión «*las que se hubieran producido como consecuencia inmediata y directa del incumplimiento del acuerdo*» del artículo 1151 del *Code*. Como él mismo explica «nos apartamos también del artículo 1151 Frances, y damos mayor extensión que él á la responsabilidad: la citada

¹³⁰ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos...*, op. cit., p. 543.

¹³¹ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos...*, op. cit., p. 543. Lo que ilustra con los siguientes ejemplos: «"Compré trigo, y por no haberseme entregado murieron de hambre mis esclavos: yo no puedo pedir como daño el precio de ellos, sino el precio mayor que tuvo el trigo ó vino desde que debió serme entregado, porque esta mayor utilidad *circa rem ipsam consistit*, y su pérdida es una consecuencia inmediata, necesaria, inevitable del contrato; la muerte de los esclavos es una cosa extrínseca, accidental, ajena del contrato, y que además pude evitar».

¹³² GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos...*, op. cit., p. 543.

ley del Código no ponía tasa ó coto á ella en los delitos. Bastará, pues, que el daño haya sido conocidamente ocasionado por el dolo, y que sin este no habría tenido lugar, aunque no sea su consecuencia directa, inmediata é inevitable»¹³³.

Los autores que han analizado el artículo 1016 de GARCÍA GOYENA coinciden en que su redacción y consiguiente infidelidad al *Code*, parten de una errónea interpretación del texto francés¹³⁴. Así PANTALEÓN PRIETO, una vez que critica la supresión del criterio de la previsibilidad, calificando como débil la argumentación expuesta por GARCÍA GOYENA¹³⁵, sostiene, en relación al deudor doloso, que la supresión de la expresión «*consecuencia inmediata y directa*» del artículo 1151 del *Code* por la de que «*hubieren sido conocidamente ocasionados*», sólo puede responder a dos hipótesis o a la conjunción de ambas. La primera derivaría de una restrictiva interpretación de la expresión «*como consecuencia inmediata y directa*» del artículo 1151 del *Code* como referida exclusivamente a los daños intrínsecos¹³⁶. Y la segunda, que en cierto modo deriva de los despropósitos anteriores, puesto que al no acoger el criterio de la previsibilidad, que en realidad, como ya se estudiará, es el único criterio que distingue la extensión de la responsabilidad entre el deudor no doloso y el doloso, y al entender GARCÍA GOYENA que el no doloso responde de los que son

¹³³ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos...*, *op. cit.*, p. 544.

¹³⁴ *Vid.*, por todos: MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, pp. 160 a 163 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 244.

¹³⁵ PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 1079, 1088 y 1089.

¹³⁶ Señala PANTALEÓN PRIETO, F., que «dicho autor interpretó erróneamente las palabras “*une suite immédiate et directe*” del artículo 1151 del Código Napoleón, por creer que conllevaban considerar indemnizables sólo los daños intrínsecos, los daños *circa ipsam rem* de D. 19, 1, 21, 3. En efecto, en sus glosa al artículo 1016 del Proyecto del 1851, escribió García Goyena que, en él, las referencias a lo previsto o previsible del Código francés “se hallan reemplazadas por la de “consecuencia inmediata y necesaria” que parecen equivaler a las de la ley 21, párrafo 3, título 1, libro 19 el Digesto, *utilitas quae circa ipsam rem consistit*” (¿leería García Goyena la exposición de motivos del Código Civil francés de Bigot-Préameneu, cometiendo el mismo error que éste?). Se comprende, entonces, que se separase del modelo francés, que, desde su equivocada interpretación, establecería una limitación absolutamente excesiva de la responsabilidad por dolo; tan excesiva que, como hemos indicado ya, a los pandectistas alemanas les pareció tal, incluso para el deudor no doloso», «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1089.

«consecuencia inmediata y necesaria» y con ánimo de hacer más gravosa la situación del doloso, no encuentra otra expresión que refleje dicha agravación que la de hacerlo responsable de todos los daños «conocidamente ocasionados por» el incumplimiento¹³⁷.

Con posterioridad al Proyecto isabelino se redactó el Anteproyecto de Código civil de 1882-1888, cuyo artículo 1124 dispone que «los daños y perjuicios de que debe responder el deudor de buena fe, son aquellos que se hayan previsto o podido prever al tiempo de constituirse la obligación. En caso de dolo les serán exigibles todas las que conocidamente se deriven del incumplimiento de la obligación». Este artículo introduce dos importantes modificaciones respecto al texto de GARCÍA GOYENA. Por una parte, la expresión «deudor de buena fe», y por otra, acoge para la delimitación de dicho deudor el criterio de la previsibilidad del daño¹³⁸. También introduce otra modificación, que podemos considerar menor, puesto que se puede considerar que está implícitamente en el artículo 1056 del Proyecto, representada por el adverbio «todas», en relación a los daños conocidos de los que responderá el deudor doloso. Sobre las fuentes en la que se inspiró el artículo 1124 nombra PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS¹³⁹ los artículos 1228 del *Codice civile italiano* de 1865¹⁴⁰,

¹³⁷ Sostiene PANTALEÓN PRIETO, F., que «García Goyena partió de la premisa de que el deudor doloso, por ser autor de un *delictum*, tenía que ser tratado peor que el deudor no doloso; y puesto que en el Proyecto de 1851 se prescindía de la limitación del *quantum respondatur* a los daños previstos o previsibles al tiempo de contratar, que era precisamente la que marcaba la diferencia entre uno y otro tipo de deudor en el Código Civil Francés, no se le ocurrió mejor solución que la de extender la responsabilidad del deudor doloso más allá de los daños que fueren *suite inmédiate* (en el sentido históricamente correcto de esta expresión del incumplimiento doloso)», «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 1089 y 1090.

¹³⁸ Sobre las modificaciones introducidas en el Anteproyecto afirma CRISTÓBAL MONTES, A., que «la rectificación posterior tampoco va a suponer entre nosotros la plena recepción de la fórmula gala, sino otro esquema que tenderá a complicar notablemente la cuestión», «El enigmático artículo 1.107...», *op. cit.*, p. 560.

¹³⁹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888)*, Colegios Notariales de España, 2ª edición, Madrid, 2006, p. 341

¹⁴⁰ «El deudor sólo está obligado a los daños que fueron previstos o que pudieron preverse al tiempo del contrato, cuando el incumplimiento de la obligación no se deba a dolo».

el 1154 del *Avant-projet de révision du Code civil belge* de LAURENT¹⁴¹ y el 1016 del Proyecto de GARCÍA GOYENA.

Respecto a la incorporación de la expresión «*deudor de buena fe*» en lugar del deudor al que antes hemos denominado ordinario o no doloso, coincide nuestra doctrina en que se produjo por influencia del Anteproyecto de LAURENT, que emplea la expresión «*le débiteur est de bonne foi*» en relación al deudor al que se le limita la extensión de los daños indemnizables en atención a los daños previstos o previsibles. Si bien LAURENT tomó como modelo el artículo 1150 del *Code*, la incorporación de la buena fe del deudor se justifica siguiendo a CRISTÓBAL MONTES en los siguientes términos: «como es sabido, Laurent, a la hora de redactar su Anteproyecto de Código civil belga, cambió la fórmula del artículo 1150 del *Code*, comenzando el precepto con las palabras “si el deudor es de buena fe”; ahora bien, de sus comentarios y explicaciones en relación a esta norma se desprende con inobjetable claridad que deseaba conservar la sustancia del prototipo francés que tenía a la vista y que para él el deudor de buena fe era, precisamente el deudor no doloso. Tan sólo quería y desde el punto de vista dogmático esa apetencia es digna de aplauso, que en lugar de la formulación negativa de la ausencia de dolo que hacía el Código Napoleón se emplease otra positiva que él creyó encontrar en la buena fe, pero sin que ello supusiera salirse del estricto marco de un deudor que no ha incurrido en dolo»¹⁴².

¹⁴¹ *Avant-projet de révision du Code civil belge*: «Art. 1154: Quand le débiteur est de bonne foi, il n'est tenu que des dommages et intérêts dont la cause a été prévue ou qu'on a pu prévoir lors du contrat»

¹⁴² CRISTÓBAL MONTES, A., «El enigmático artículo 1.107...», *op. cit.*, pp. 562 y 563. También se refiere a un mero cambio de redacción PANTALEÓN PRIETO, F., afirmando que «el propio Laurent explicó la sustitución de la frase final -considero que en realidad PANTALEÓN se refiere a la frase inicial del art. 1150 del *Code*- por las palabras «cuando el deudor sea de buena fe» como un simple cambio de redacción. Lo que se confirma, trayendo a colación otros pasajes del mismo jurista, relativos al Código Napoleón: “El artículo 1147 -escribió- añade que el deudor es condenado a indemnizar daños y perjuicios, cuando el incumplimiento le es imputable, aunque no haya mala fe por su parte. *También cuando sea de buena fe, será responsable, si está en mora o tiene culpa*. Este rigor choca a las personas ajenas a la ciencia del Derecho. Pero difícilmente pueden hablarse aquí de rigor sino de aplicación de los principios que rigen la culpa y la mora, que también implica culpa. El deudor no promete sólo su buena fe, responde más allá del dolo”. Y añadía un poco más adelante: “El artículo 1150 dice [...]. Esta regla procede de Pothier. Supone que el deudor ha incumplido su obligación por

La inclusión en el artículo 1124 del Anteproyecto de los daños *«que se hayan previsto o podido prever al tiempo de constituirse la obligación»*, rechazado por GARCÍA GOYENA, debe atribuirse no sólo al artículo 1154 de LAURENT, sino también al 1228 del antiguo *Codice*, lo que es más una influencia indirecta del *Code*, en el que aquéllos se inspiraron.

Respecto a la redacción del Anteproyecto, debe concluirse que, de una parte, acierta incluyendo el criterio de la previsibilidad; pero, por otra, tiene el triste honor de incorporar al deudor de buena fe, que, cómo se abordará ha generado grandes discusiones en nuestra doctrina.

Con los anteriores antecedentes, finalmente se aprobó el texto del Código civil en el año 1898, cuyo artículo 1107 dispone que *«los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación»*. El resultado final es un cóctel de tres ingredientes difícilmente compatibles. Es tributario del *Code*, aunque indirectamente, respecto al criterio de la previsibilidad; del Anteproyecto de LAURENT, en relación al deudor de buena fe; y de GARCÍA GOYENA, que también podemos calificar de autóctono de nuestro sistema, en cuanto a que el daño previsible sea consecuencia necesaria del incumplimiento y que el deudor doloso tenga que responder de todos los daños que conocidamente se deriven del incumplimiento¹⁴³.

simple culpa, sin que pueda reprochársele dolo alguno. *En este sentido se dice que el deudor es de buena fe; lo que no excluye la culpa, como hemos dicho más arriba»*, «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 1089 y 1090.

¹⁴³ En relación a la fórmula final del art. 1107, señala MONTÉS PENADÉS, V.L., que «aun recogiendo el criterio de la previsibilidad de los daños (para el deudor «de buena fe»), coincide con el proyecto de 1851 en no exigir la causalidad directa e inmediata (o estricta) de los daños en los supuestos de dolo. Por lo tanto, coincide de una parte con el Código francés: la responsabilidad de los deudores no dolosos se determina por la causalidad y la previsibilidad del daño. Y de otra parte, extiende la responsabilidad por dolo a todos los daños que conocidamente deriven del incumplimiento, como el proyecto de 1851, mientras que según el

Si diseccionamos el artículo en los dos párrafos de que consta, el primero establece la delimitación del *quantum respondatur* del que denomina deudor de buena fe, exigiendo la concurrencia de dos requisitos en los daños para que sean indemnizables: primero, que haya sido previsto o previsible al tiempo de contratar; y segundo, que sea consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento. Si bien, debe señalarse que el orden lógico de estos juicios debería ser primero cuáles son los daños consecuencia necesaria, y, dentro de éstos, cuáles han sido previstos o previsibles. Los principales problemas en relación a este párrafo derivan de la caracterización de qué sea un deudor de buena fe y a qué se refiere con que el daño sea una consecuencia necesaria del incumplimiento. Respecto al deudor doloso, nomenclatura que sí resulta coherente con los antecedentes ya estudiados -recuérdese que ya en el Digesto se trata la cuestión de dicho deudor- el problema lo plantea que éste venga obligado a la indemnización de todos los daños que conocidamente se deriven del incumplimiento¹⁴⁴. Como ya hemos indicado, estas cuestiones y sus posibles soluciones las abordaremos conjuntamente con el estudio del artículo 9:503 de los PECL.

El lado opuesto a la adopción del criterio de la previsibilidad de los daños viene representado principalmente por el BGB alemán¹⁴⁵, que en su lugar

CC francés aún los deudores dolosos no responden de los daños que no sean consecuencia directa e inmediata del incumplimiento», «Sobre la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 2430 y 2431.

¹⁴⁴ De este artículo ha afirmado YZQUIERDO TOLSADA, M., que «en el párrafo primero aparecen dos expresiones ignoradas en los Códigos francés e italiano: “deudor de buena fe” y “consecuencia necesaria”. En el párrafo segundo, las dudas se plantean en relación con el misterioso adverbio “conocidamente”. Se aprecia que el legislador español bebió a la vez de dos fuentes: el Proyecto de 1851 y el Anteproyecto belga de LAURENT, y tal vez el brebaje no fue demasiado digestivo», *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 243. También resultan elocuentes de los problemas que plantea el artículo 1107 el título del artículo de CRISTÓBAL MONTES, A., «El enigmático artículo 1.107 del Código Civil Español» que venimos citando. Por no hablar de los calificativos que ha recibido en nuestra doctrina, así el propio YZQUIERDO TOLSADA, M., afirma que «es imposible mayor oscuridad», *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 244; por su parte CRISTÓBAL MONTES, A., tilda en relación a la influencia de GARCÍA GOYENA en el definitivo art. 1107 de «escarceo» y de «invento», «El enigmático artículo 1.107...», *op. cit.*, pp. 560 y ss.

acogió la teoría de la causalidad adecuada. El Derecho alemán no sólo no adopta el criterio de la previsibilidad para delimitar el *quantum respondatur*, sino que tampoco establece un régimen distinto en función de cuál haya sido la conducta del deudor, ya sea doloso o no, es decir, unifica bajo un solo sistema la cuestión de la delimitación del daño indemnizable, de lo que deriva que no exista una agravación o extensión de los daños indemnizables en los supuestos de deudores dolosos¹⁴⁶. También unifica en los §§ 249 a 255 el sistema de indemnización de los daños, ya deriven del incumplimiento de un contrato, o de un ilícito civil.

Por tanto, si el BGB desconoce la función delimitadora de los daños del criterio de la previsibilidad, ¿cómo resuelve el problema del *quantum repondatur*?¹⁴⁷ Siguiendo a MORALES MORENO, en el Derecho alemán se establecen cuatro vías de delimitación del daño indemnizable¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Como afirma MORALES MORENO, A.M., el BGB «es un claro ejemplo de rechazo deliberado del criterio de la previsibilidad», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 122.

¹⁴⁶ La no adopción del criterio de la previsibilidad por el BGB no puede justificarse por un desconocimiento de la regla, ya que como expone MORALES MORENO, A.M., «la doctrina de la previsibilidad del daño es conocida en Alemania en el siglo XIX. Friedrich Mommsem, autor especialmente significativo en esta materia por su influencia en el BGB, se refiere a ella, citando como antecedente a Molineo. Mommsem nos dice que, según ella, el cómputo del interés depende, sobre todo, de si el obligado pudo prever el daño como una consecuencia derivada de sus actos, de manera que pueda considerarse que ha asumido el riesgo inherente a ese daño, si no de modo expreso al menos tácitamente. En el proceso de elaboración del BGB se discutió si la regla de la previsibilidad debía o no incorporarse al texto definitivo del mismo. De hecho, la previsibilidad figuraba en la propuesta de la *Kommission zweiter Lesung des BGB*, con la siguiente redacción: “La responsabilidad del deudor por incumplimiento no se extiende a la indemnización de los daños cuyo origen, conforme al conocimiento de las circunstancias que tenía o debía tener el deudor, estén fuera de los probables”. La fórmula utilizada es, ciertamente, ambigua. No nos aclara si la previsibilidad se refiere al momento de ejecución del acto dañoso, el incumplimiento del contrato, lo cual la aproximaría a la previsibilidad propia de la teoría de la adecuación, o al momento de la celebración del contrato, como es propio de la regla de la previsibilidad proveniente de Pothier. En cualquier caso, la propuesta no llega a ser aceptada y el criterio de la previsibilidad no figura en la redacción definitiva del BGB», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, pp. 144 y 145.

¹⁴⁷ Sobre esta cuestión se han pronunciado en nuestra doctrina, entre otros: CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 718; MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, pp. 144 a 153 y PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1028. *Vid.* también LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 653.

¹⁴⁸ MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, pp. 147 a 153.

La dos primeras se encuentran en los apartados primero y segundo del § 254¹⁴⁹, para los supuestos de concurrencia de culpas. El apartado primero hace referencia al deber de mitigar el daño, deber que ha sido contemplado en el artículo 9:505 de los PECL y que está aceptado en nuestro Derecho por la doctrina y la jurisprudencia. El segundo establece el efecto de la ausencia de información del acreedor de un riesgo de daño inusualmente elevado. De los daños que deriven de esta falta de información responderá el acreedor.¹⁵⁰

La tercera vía la establece la teoría o juicio de adecuación o también denominada causalidad adecuada¹⁵¹. La causalidad adecuada tiene su apoyo legal en el § 252¹⁵². Existirá adecuación, y por tanto daño imputable al deudor, cuando el incumplimiento es idóneo para producir en el acreedor el daño que

¹⁴⁹ «§ 254 Concurrencia de culpas: (1) Si en la producción del daño ha concurrido culpa del perjudicado, tanto el deber de resarcimiento como la extensión del resarcimiento que debe prestarse dependen de las circunstancias, en especial en qué medida el daño ha sido causado preponderantemente por una parte o por la otra. (2) Lo mismo rige si la culpa del perjudicado se restringe a que ha omitido advertir al deudor del peligro de un gran daño inusual, que el deudor ni conocía ni debía conocer, o que ha omitido evitar el daño o mitigarlo»

¹⁵⁰ Esta regla ha sido criticada por PANTALEÓN PRIETO, F., quien, realizando una lectura a *sensu contrario*, señala «que permite, en mi opinión injustamente, que el deudor responsable del incumplimiento pueda tener que pechar con ese daño extraordinariamente alto, a causa de una información proporcionada *con posterioridad a la celebración del contrato*, sin derecho a exigir del acreedor un adecuado incremento de la contraprestación pactada», «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1028. Creo que no le falta razón a PANTALEÓN, ya que si el fundamento de la delimitación de los daños se encuentra en la distribución de los riesgos asumidos, ¿cómo hacer responsable al deudor de un riesgo que no asumió al contratar?

¹⁵¹ Afirma CARRASCO PERERA, A., que «la codificación alemana se encontró sin regla de discriminación entre los daños resultados de un incumplimiento. Liquidada, por obra de la pandectista, la distinción entre los daños *intra* o *extra rem*, y desconociéndose función regulativa a la buena o mala fe del deudor, la determinación del daño resarcible se plantea en Alemania como un *puro problema de causalidad*. O, mejor, como un problema de imputación al deudor de determinadas series causales. Los criterios que han servido para esta imputación fueron el *juicio de adecuación* y la *determinación del ámbito de protección de la norma*. No se imputarán al deudor los daños que para un observador experimentado aparezcan como fuera de toda probabilidad o no se correspondan con el curso regular de los acontecimientos (criterio de adecuación)», «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 718.

¹⁵² «§ 252 Lucro cesante: El daño resarcible comprende también el lucro cesante. Como lucro cesante se entiende la ganancia que, de acuerdo con el curso normal de las cosas o con las circunstancias particulares, en especial de acuerdo con las disposiciones y precauciones adoptadas, podía ser verosímilmente esperada».

ha experimentado. A esta idoneidad se llega partiendo de un criterio objetivo, esto es, cuando los daños para un observador experimentado sean consecuencia probable del incumplimiento y acordes con el transcurso normal de los acontecimientos¹⁵³.

La última vía se refiere a la doctrina del fin de protección del contrato, acogida por la doctrina y la jurisprudencia alemana con el objeto de paliar la ausencia en el BGB de un precepto como el 1107 de nuestro Código. Parte de la afirmación de que cada obligación contractual protege un determinado interés, de lo que deriva que será imputable al deudor todo menoscabo o daño que afecte a tal interés¹⁵⁴.

Tanto la teoría de la causalidad adecuada como la doctrina del fin de protección del contrato, serán objeto de un análisis más detallado en el apartado relativo a los criterios de imputación objetiva.

¹⁵³ Como manifiesta MORALES MORENO, A.M., «existe adecuación entre el hecho dañoso (incumplimiento) y el daño indemnizable (lucro cesante) cuando el primero, en general, y no sólo bajo ciertas circunstancias particulares, que por ser totalmente improbables pueden dejarse fuera de consideración, es idóneo para causar al acreedor el daño que ha sufrido (lucro cesante). Para determinar esa idoneidad la teoría de la adecuación utiliza un modelo objetivo de juicio, conforme, a la experiencia y conocimiento de un observador óptimo o experimentado; pero no excluye tomar en cuenta, más allá, el conocimiento efectivo del sujeto. Por tanto, el deudor responde del daño que, por el conocimiento que tiene, prevé que causará, así como del que en su caso hubiera previsto el modelo de observador utilizado. La teoría de la adecuación introduce el factor de la verosimilitud o probabilidad del daño, tal y como aprecia o debería apreciarla el causante del daño, conforme al conocimiento real que tiene de las circunstancias presentes o el que le es imputable...El que en la teoría de la adecuación se utilice la idea de previsibilidad del daño no significa que esta teoría cumpla la misma función que la teoría de la previsibilidad, proveniente de Pothier (art. 1107 CC). La teoría de la adecuación se sitúa en el momento de la causación del daño (es decir, en el que se produce el incumplimiento), y no en el de la celebración del contrato. Sirve para depurar, con un criterio jurídico, la causación natural», *Incumplimiento del contrato...*, op. cit., p. 150.

¹⁵⁴ Indica MORALES MORENO, A.M., que «hoy, tanto la jurisprudencia como la doctrina alemana utilizan el fin de protección del contrato como criterio de fundamentación y delimitación de la responsabilidad contractual, aunque no falten detractores. La aplicación de la doctrina del fin de protección del contrato (como la más genérica del fin de protección de la norma) puede anteponerse a la teoría de la adecuación. Incluso puede hacer innecesaria la aplicación de ésta. La doctrina alemana reconoce (tanto en la responsabilidad extracontractual como en la contractual) que el agente del daño debe indemnizar los daños extremadamente improbables, si la norma de protección contempla ese riesgo. Y a la inversa, que no tiene que indemnizar los daños probables (desde el punto de vista de la teoría de la adecuación) si no contempla ese riesgo la norma de protección», *Incumplimiento del contrato...*, op. cit., p. 152.

3.2.3. La recepción del test de previsibilidad en el *Common Law*

El test de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar¹⁵⁵, como criterio de imputación objetiva y por tanto como delimitación del *quantum respondatur*, también ha sido acogido en los países del *Common Law*¹⁵⁶ a partir de la famosa sentencia *Hadley v. Baxendale* dictada por la *Court of Exchequer* en el año 1854, donde se acoge por primera vez la *remoteness rule*¹⁵⁷, si bien ha sido precisada o perfilada por la jurisprudencia posterior¹⁵⁸.

Antes de comenzar con el estudio de cómo se introdujo y explicó la *remoteness rule* en el caso *Hadley v. Baxendale*, consideramos necesario

¹⁵⁵ Sobre la recepción y desarrollo de la *remoteness rule* del *Common Law*, *vid.*, en nuestra doctrina: CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, pp. 718 y 719; MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, pp. 129 a 144; PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 1080 a 1084 y SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, pp. 46 a 51. *Vid.* también en el Derecho inglés: ATIYAH, P.S., *An Introduction to the Law of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 5ª ed., 1989, pp. 464 a 469; MCGREGOR, H., *On Damages*, Sweet & Maxwell Limited, 16 ed., London, 1997, pp. 157 a 184 y *Contract Code*, (Traducción y Nota Preliminar por José María de la Cuesta Sáenz y Carlos Vattier Fuenzalida), Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 116 a 118 y TREITEL, G.H., *Remedies for Breach of Contracts. A Comparative Account*, Clarendon Press, 2ª ed., Oxford, 1989, pp. 150 a 162 y *The Law of Contract*, Sweet & Maxwell, 12 ed., London, 2007, pp. 1044 a 1058.

¹⁵⁶ No deja de resultar paradójica la afirmación de CARRASCO PERERA, A., de que «la doctrina del daño previsible divulgada (no creada) por POTHIER ha encontrado en el área del *common law* su consagración más pura», «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 718. Además, también es curioso que la consagración del criterio de la previsibilidad en el Derecho uniforme de la Contratación internacional haya derivado de la interpretación que de la misma se ha realizado en el *Common Law*. Al respecto, señala OLIVA BLÁZQUEZ, F., que «la regla de la previsibilidad puede interpretarse de diferentes maneras. En la doctrina francesa se ha vinculado a la tesis de la adecuación causal, de tal manera que será previsible cualquier consecuencia típica o probable (*natural cours of things*) de una concreta falta de cumplimiento. Por el contrario, la CISG adopta el enfoque del *common law* y ubica el juicio de la previsibilidad en el mismo momento de la celebración del contrato», «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008...», *op. cit.*, p. 628.

¹⁵⁷ Afirma MCGREGOR, H., que «it was necessary that some limitation should be introduced, and this task was achieved in *Hadley v. Baxendale* in 1854, the most celebrated case in the field of contract damages», *On Damages...*, *op. cit.*, p. 157.

¹⁵⁸ Indica MORALES MORENO, A.M., que la expresión *remoteness damage* «evoca de manera gráfica la distancia o lejanía de los daños no indemnizables», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 130.

detenernos en dos aspectos que contempla dicha regla. Expone MCGREGOR, una vez que parte del principio de la reparación integral del daño, que «this rule is limited first, but not substantially, by the principles as to causation just dealt with; the second and much more far-reaching limit is that the scope of protection is marked out by what was in the contemplation of the parties. When damage is said to be too remote in contract it is generally this latter factor that is in issue»¹⁵⁹. En nuestra doctrina, CARRASCO PERERA, sin referirse al anterior autor, afirma en relación a la *remoteness rule*, que «atiende a su vez a dos problemas cronológicamente sucesivos. En primer lugar, el juicio fáctico de causalidad (*causation in fact*); en segundo lugar, afirmada aquélla, la determinación, necesariamente posterior, de si la Ley protege al acreedor de un concreto daño sufrido»¹⁶⁰. Considero que ambos autores están afirmando lo mismo, y que es coincidente con lo que ya se ha expuesto al tratar la cuestión de la relación de causalidad. Por ello, salvo un error en nuestra interpretación, no coincidimos con MORALES MORENO al señalar que «McGregor llama la atención sobre la existencia de dos aspectos en esta materia (*two aspects of remoteness*), que, a su juicio, no siempre son debidamente separados. El primero se refiere a la causación (*causation*); naturalmente, a la causación en sentido jurídico (*causation in law*, no *in fact*). La cuestión que en este punto debe ser respondida es si el demandado causó (*in law*) el daño concreto al demandante. El segundo aspecto, que sólo se plantea cuando la cuestión de la causación ha sido resuelta a favor del demandante, se refiere a si la ley protege o no al demandante del daño concreto que ha sufrido»¹⁶¹. Tal vez donde MORALES MORENO habla de *causation in law*, deba hacerse en relación a la *causation in fact*, que es lo que estimo acorde con las afirmaciones de MCGREGOR y CARRASCO PERERA.

¹⁵⁹ MCGREGOR, H., *On Damages...*, *op. cit.*, p. 157.

¹⁶⁰ CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 718.

¹⁶¹ MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 130.

En el caso *Hadley v. Baxendale*¹⁶², la parte demandante era propietaria de un molino de pienso en Gloucester, cuya actividad había quedado paralizada a consecuencia de la rotura de un eje, lo que le llevó a celebrar un contrato de transporte con la parte demandada para que lo llevara a una fábrica de Greenwich, donde se tenía que construir un nuevo eje tomando como modelo el roto. El transportista demoró negligentemente el transporte varios días lo que llevó a la parte demandante a reclamarle la cantidad de 300 libras como indemnización por lo beneficios que dejó de obtener por estar el molino inactivo. En la primera instancia, en la que el juez dejó el caso al arbitrio del jurado, se admitieron parcialmente las pretensiones de la parte demandante. En la apelación de la sentencia, la parte demandada alegó que no se había instruido adecuadamente a los miembros del jurado, lo que originó que el juez Alderson B. estableciera los criterios sobre los que el juez de instrucción tenía que informar al jurado en un nuevo procedimiento¹⁶³. Finalmente, y sobre los

¹⁶² Sobre los hechos y el criterio adoptado en el caso *Hadley v. Baxendale*, *vid.*, entre otros: MCGREGOR, H., *On Damages...*, *op. cit.*, pp. 157 y 158; MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, pp. 131 a 133; PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 1080 y 1081 y SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, pp. 46 y 47.

¹⁶³ Indica PANTALEÓN PRIETO, F., que «Alderson B. fijó así los principios en los que el juez tendría que instruir al jurado en el nuevo juicio. “Pensamos que la regla apropiada en un caso como el presente es ésta: cuando dos partes han celebrado un contrato que una de ellas ha incumplido, los daños que deben indemnizarse a la otra parte por razón de un tal incumplimiento han de ser, bien aquellos que pueden ser considerados, equitativa y razonablemente, consecuencia natural -i. e., con arreglo al normal discurrir de las cosas- de un tal incumplimiento de contrato en abstracto, bien aquellos que puede razonablemente suponerse que han sido contemplados por ambas partes, en el momento en el que celebraron el contrato, como resultado probable del incumplimiento del mismo. Así pues, si las especiales circunstancias bajo las que el contrato efectivamente fue celebrado fueron comunicadas por la parte demandante a la parte demandada, y conocida de esa manera por ambas partes, los daños derivados del incumplimiento de tal contrato, que razonablemente contemplarían, sería la cantidad de perjuicio que ordinariamente se derivaría de un incumplimiento de contrato bajo esas especiales circunstancias, así conocidas y comunicadas. Pero, si esas especiales circunstancias fueron, en cambio, completamente desconocidas por la parte que incumplió el contrato, sólo podría suponerse que, como máximo, ha contemplado la cantidad de perjuicio que se derivaría generalmente, y en la gran mayoría de los casos no caracterizados por ninguna circunstancia especial, de un tal incumplimiento de contrato. Porque, si las especiales circunstancias hubieran sido conocidas, las partes podrían haber proveído específicamente para el incumplimiento del contrato, mediante una cláusula especial relativa a la indemnización en tal caso; y sería muy injusto privarlas de esa oportunidad. Si hemos de aplicar los principios sentados más arriba al presente caso -continúo diciendo Alderson B.- encontramos que las únicas circunstancias comunicadas por la parte demandante a la parte demandada en el momento de contratar fueron que el objeto a transportar era el eje roto de un molino, y que la

criterios fijados por la *Court of Exchequer*, concretamente por el juez citado, en el nuevo juicio se desestimó la indemnización de las 300 libras; lo que se justificó en que la parte demandada desconocía que su retraso produciría la inactividad del molino, y que la pérdida de las ganancias no podía considerarse una consecuencia natural de conformidad con el discurrir normal de las cosas, que hubiera podido ser contemplado al realizar el contrato como un resultado probable del negligente incumplimiento¹⁶⁴.

De la solución expuesta se extraen dos reglas, en función de que el deudor tuviera conocimiento o no de las circunstancias especiales del caso¹⁶⁵.

parte demandante era el molinero de dicho molino. Pero ¿hasta qué punto mostraban razonablemente esas circunstancias que los beneficios del molino iban a resultar impedidos por un retraso irrazonable en la entrega del eje roto por el transportista a un tercero? Supóngase que la parte demandante tuviera otro eje en su poder, instalado ya o instalándose en ese momento, y que sólo deseara reenviar el eje roto al ingeniero que lo fabricó; es claro que ello sería plenamente congruente con las mencionadas circunstancias y, sin embargo, el retraso irrazonable en la entrega no tendría efectos sobre los correspondientes beneficios del molino, o también, supóngase que, en el momento de la entrega al transportista, la maquinaria del molino hubiese fallado en otros extremos, porque, entonces, se seguirían los mismos resultados. Es cierto que, aquí, el eje fue enviado, efectivamente, para servir de modelo a uno nuevo, que la falta de uno nuevo fue la única causa del paro del molino, que la pérdida de beneficios se derivó efectivamente del no envío del nuevo eje en tiempo oportuno, y que esto se derivó del retraso en la entrega del roto para servir como modelo. Pero es obvio que, en la gran multitud de casos de molineros que envían ejes rotos a terceros en circunstancias normales, con toda probabilidad tales consecuencias no se hubieran producido. Se sigue por tanto, que la pérdida de beneficios que nos ocupa no puede ser considerada razonablemente una consecuencia del incumplimiento del contrato que podría haber sido contemplada equitativa y razonablemente por ambas partes, cuando celebraron su contrato. Porque esa pérdida, ni habría derivado naturalmente del incumplimiento de ese contrato en la gran multitud de tales casos que ocurren en circunstancias normales, ni las especiales circunstancias que, quizás, las habrían hecho una consecuencia natural y razonable de dicho incumplimiento de contrato fueron comunicadas a la parte demandada o conocidas por ellas», «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1080 y nota al pie número 11, p. 1081.

¹⁶⁴ De la regla introducida en el caso *Hadley v. Baxendale* afirma MCGREGOR, H., que «the phraseology of the judgment has been criticized on many occasions, particularly the expressions “arising naturally” and “probable consequences”. The term “direct consequences” achieve a certain vogue in contract at about the same time as it was making its name in tort, but this term is only properly applicable to the causation aspect of remoteness. Indeed many of the suggested alternatives have themselves been criticized. Also there was a tendency first to regard the rule established by the judgment as three rules, and then as two rules, the first dealing with the ordinary case and the second dealing with the case where there were known special circumstances. These two factors, namely the abundance of phraseology and the breakdown of the rule into parts, led to confusion, and a restatement of the rule for modern conditions became a real need», *On Damages...*, *op. cit.*, pp. 159.

La primera, que podemos denominar de carácter objetivo, considera indemnizables los daños que razonablemente deriven del incumplimiento de forma natural, es decir, que sean acordes con el transcurso normal de los acontecimientos. La segunda, de carácter subjetivo, que los daños hayan sido contemplados por las partes al realizar el contrato como un resultado probable del incumplimiento. Esta segunda regla exige al acreedor, antes de celebrar el contrato, un especial deber de información de las particularidades del caso al deudor, deber de información que no es más que una manifestación del principio de buena fe¹⁶⁶.

La doctrina introducida en el caso *Hadley v. Baxendale* fue confirmada, si bien reformulándola y precisándola¹⁶⁷, en el no menos clásico caso *Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newman Industries Ltd.* del año 1949. La empresa *Victoria Laundry (Windsor) Ltd.*, propietaria de un negocio de lavandería y tintorería había pactado con *Newman Industries Ltd.* la adquisición de una caldera de agua de unas determinadas características con el objeto de aumentar su negocio, que debía entregarse el día 5 de junio, y ante el retraso

¹⁶⁵ MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, op. cit., pp. 132 y 133 y SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, op. cit., p. 47.

¹⁶⁶ De esta formulación bipartita de la regla, afirma MORALES MORENO, A.M., que «aunque no cabe poner en duda la influencia ejercida por la doctrina de Pothier en *Hadley v. Baxendale*, no hay total coincidencia. La primera regla se formula en términos de pura causalidad, si bien directa o inmediata, sin referencia alguna al contrato (a lo previsto en el contrato). Sólo la segunda parece referirse al contrato, al tomar en cuenta el daño considerado por ambos contratantes en el momento de celebración del mismo», *Incumplimiento del contrato...*, op. cit., p. 133. No obstante las anteriores afirmaciones, considero que la primera regla no se aleja, por lo menos en el espíritu, de POTHIER cuando indicaba que «por lo común se reputa que las partes no han previsto más que los daños y perjuicios que resultan para el acreedor del incumplimiento de la obligación, y en relación a la cosa que es objeto de la misma, y no aquellos que la inejecución de la obligación le ha ocasionado en sus otros bienes. Es por esto, que en ese caso, el deudor no es reputado responsable de estos últimos, sino tan sólo de aquellos sufridos en relación a la cosa de que era objeto la obligación: *damni et interesse, propter ipsam rem non aditen*», *Tratado...*, op. cit., p. 92. Estimo, que, tanto la regla del *case law* como POTHIER, se están refiriendo a la misma cosa, al daño intrínseco, al daño que es previsible *ab initio*.

¹⁶⁷ Del caso *Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newman Industries Ltd.* afirma MORALES MORENO, A.M., que «supera estos inconvenientes, logrando una más adecuada articulación entre la primera y la segunda regla de *Hadley v. Baxendale*», *Incumplimiento del contrato...*, op. cit., p. 133. Vid. también TREITEL, G.H., *The Law of...*, op. cit., p. 1046.

de su entrega, el día 8 de noviembre le reclama a la deudora la indemnización de los daños y perjuicios que ha sufrido¹⁶⁸.

La *Court of Appeal*, siguiendo los criterios del juez Asquith L. J., declaró que *Victoria Laundry (Windsor) Ltd.* tenía derecho a la indemnización de las ganancias dejadas de obtener como consecuencia del retraso en la expansión de su negocio y de los beneficios que razonablemente hubiera obtenido si hubiera dispuesto de la caldera desde el día pactado hasta la fecha en que efectivamente le fue entregada.

Los criterios sobre los que Asquith L. J., ordena y aclara la regla formulada en *Hadley v. Baxendale*, son los siguientes: comienza afirmando que el espíritu que inspira a la indemnización es situar al perjudicado en la misma situación que tendría si el incumplimiento no se hubiera producido, o lo que es lo mismo, la reparación integral de los daños. A dicha reparación le objeta, que, llevada hasta su últimas consecuencias, sin ninguna clase de restricción, podría suponer una medida excesivamente rigurosa para el deudor, que se vería obligado a responder de todas las consecuencias que fácticamente (*causation in fact*) se deriven del incumplimiento¹⁶⁹. Para evitar esa rigurosidad,

¹⁶⁸ Una completa exposición de los hechos realiza PANTALEÓN PRIETO, F., indicando que «la compañía demandante, titular de una empresa de lavandería y tintorería, decidió extender su negocio. A este efecto, y también al de poder obtener unos contratos extraordinariamente beneficiosos con la Administración, precisaba de una caldera para hervir agua de dimensiones mayores que las de aquélla que venía utilizando; algo nada fácil de conseguir a consecuencia de la guerra. La compañía demandada, una firma de ingenieros, se comprometió a conseguir para la demandada, y a poner a su disposición el día 5 de junio, una cierta caldera de las dimensiones requeridas, instalada en otro lugar; pero esta caldera resultó dañada durante el traslado, y la entrega no pudo efectuarse hasta el 8 de noviembre. La demandada conocía la naturaleza de los negocios de la demandante, y que pretendía hacer uso inmediato de la caldera; pero ignoraba que ésta tenía en perspectiva los mencionados contratos con la Administración. Se reclamó una indemnización por las ganancias dejadas de obtener a causa del retraso en la extensión del negocio, y otra por la pérdida de los extraordinarios beneficios que habrían reportado los contratos con la Administración. La primera pretensión fue estimada. La segunda, sólo hasta la cuantía de los beneficios que razonablemente podrían haberse obtenido desde junio a noviembre, de haberse dispuesto de una caldera mayor, por contratos de carácter ordinario», «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, nota al pie núm. 15, p. 1083. *Vid.*, también SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 47.

¹⁶⁹ MCGREGOR, H., *On Damages...*, *op. cit.*, pp. 159 y 160: «(1) It is well settled that the governing purpose of damages is to put the party whose rights have been violated in the same position, so far as money can do so, as if his rights had been observed. This purpose, if

propone la regla que el deudor que incumple un contrato sólo responda de los daños que al celebrar el contrato eran razonablemente previsibles que se deriven del incumplimiento¹⁷⁰. Enunciada la regla establece que lo razonablemente previsible dependerá de la información o del conocimiento que tengan las partes o la que incumple el contrato¹⁷¹. La información o el conocimiento pueden ser de dos clases, la imputada y la efectiva o real¹⁷². La primera sería la que cualquier persona razonable puede considerar que derivaría del ordinario discurrir de las cosas, lo que coincide con la primera regla que se extrae del caso *Hadley v. Baxendale*. Nos encontraríamos ante un conocimiento que se presume *iure et de iure*. La segunda sería el conocimiento adicional, al margen del ordinario discurrir de las cosas, de las especiales circunstancias que concurren en un contrato en concreto. El conocimiento de tales circunstancias es el que atrae al campo de lo indemnizable los daños adicionales que en atención a dichas circunstancias fueron contemplados, segunda regla de *Hadley v. Baxendale*¹⁷³. No es necesario para que los

relentlessly pursued, would provide him with a complete indemnity for all loss de *facto* resulting from a particular breach, however improbable, however unpredictable. This, in contract at least, is recognised as too harsh a rule».

¹⁷⁰ MCGREGOR, H., *On Damages...*, *op. cit.*, p. 160: «(2) In cases of breach of contract the aggrieved party is only entitled to recover such part of the loss actually resulting as was at the time of the contract reasonably foreseeable as liable to result from the breach».

¹⁷¹ *ult. op. cit.*, p. 160: «(3) What was at that time reasonably so foreseeable depends on the knowledge then possessed by the parties, or, at all events, by the party who later commits the breach».

¹⁷² *ult. op. cit.*, p. 160: «(4) For this purpose, knowledge 'possessed' is of two kinds; one imputed, the other actual. Everyone, as a reasonable person, is taken to know the 'ordinary course of things' and consequently what loss is liable to result from a breach of contract in that ordinary course. This is the subject matter of the 'first rule' in *Hadley v. Baxendale*. But to this knowledge, which a contract-breaker is assumed to possess whether he actually possesses it or not, there may have to be added in a particular case knowledge which he actually possesses, of special circumstances outside the 'ordinary course of things', of such a kind that a breach in those special circumstances would be liable to cause more loss. Such a case attracts the operation of the 'second rule' so as to make additional also recoverable».

¹⁷³ Al respecto, afirma CARRASCO PERERA, A., que «en la fórmula hoy conocida la regla imputa al deudor el daño que al tiempo del contrato pudo racionalmente preverse como natural consecuencia del incumplimiento (*breach*); qué deba entenderse por *reasonably foreseeable* depende del conocimiento (*Knowledge*) que tengan las partes, o, en todo caso, el deudor. Este conocimiento es de dos tipos: se habla de un conocimiento *imputed*, por referencia a lo que una persona razonable debe conocer del curso ordinario de las cosas; hay un conocimiento *actual* ("previsto" en la terminología del artículo 1.107) cuando de hecho el deudor tenga este

perjuicios resulten indemnizables que el deudor haya previsto qué daños se derivarían de su incumplimiento, sino que de forma razonable hubiera concluido que, ante su incumplimiento, dichos perjuicios eran susceptibles de producirse¹⁷⁴. Por último, la regla sólo cobija aquellos daños cuya producción resultará probable o de una posibilidad seria¹⁷⁵.

La claridad expositiva y el orden de los criterios de Asquith L. J. es innegable, ya que no sólo enuncia la regla, sino que a continuación define cada uno de los conceptos que la integran¹⁷⁶. De forma que «la parte agraviada sólo puede pretender el resarcimiento de aquella parte del daño efectivamente sufrido que razonablemente pudiera haberse previsto al tiempo de celebrar el contrato como posible consecuencia del incumplimiento»¹⁷⁷.

Debe advertirse, siguiendo a MORALES MORENO, que en la evolución del criterio de la previsibilidad en el *Common Law* se ha producido un importante

conocimiento concreto fuera del curso ordinario de las cosas. En cualquier caso, no resulta preciso que en la *contemplation* imputable a las partes se incluya la propia contemplación del daño como suceso: basta que el deudor hubiera podido contemplar ese daño de haber considerado la cuestión como un hombre razonable, «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 719.

¹⁷⁴ MCGREGOR, H., *On Damages...*, *op. cit.*, p. 160: «(5) In order to make the contract-breaker liable under either rule it is not necessary that he should actually have asked himself what loss is liable to result from a breach. As has often been pointed out, parties at the time of contracting contemplate not the breach of the contract, but its performance. It suffices that, if he had considered the question, he would as a reasonable man have concluded that the loss in question was liable to result».

¹⁷⁵ MCGREGOR, H., *On Damages...*, *op. cit.*, p. 160: «(6) Nor, finally, to make a particular loss recoverable, need it be proved that upon a given state of knowledge the defendant could, as a reasonable man, foresee that a breach must necessarily result in that loss. It is enough...if he could foresee it was likely so to result. It is indeed enough if the loss (or some factor without which it would not have occurred) is a 'serious possibility' or a 'real danger'. For short, we have used the word 'liable' to result. Possibly the colloquialism 'on the cards' indicates the shade of meaning with some approach to accuracy».

¹⁷⁶ Del planteamiento del juez Asquith L. J., afirma MCGREGOR, H., que «there are two factors in this lucid restatement of principle which stand out. The first is that the test of the extent of liability is reasonable foreseeability, as stated in the second proposition and further defined in the fifth and sixth propositions. The second is that what is reasonably foreseeable depends upon knowledge, actual or imputed, as stated in the third proposition and further defined in the fourth proposition», *On Damages...*, *op. cit.*, pp. 160 y 161.

¹⁷⁷ SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 47.

cambio respecto al acuerdo expreso o tácito de POTHIER, como criterio de imputación de los daños. No se requiere *tacit agreement* para que los daños resulten indemnizables; es suficiente el conocimiento del deudor de los daños que puede producir su incumplimiento para que tenga que responder. El conocimiento, imputado o real, opera como un criterio de imputación objetiva, es decir, todo daño conocido o conocible debe ser indemnizado. Por el contrario, la voluntad de las partes, tácita o expresa, tiene como función excluir, dentro de esos daños conocidos, los que no serán indemnizables¹⁷⁸.

También debe señalarse que el enfoque dado a la regla de la previsibilidad, presenta el inconveniente, que ha traspasado sus fronteras impregnando a los textos del nuevo Derecho de los contratos, de atribuirle la exclusividad como criterio de imputación objetiva. Por lo que SOLER PRESAS, en relación a dicha regla, advierte en los Tribunales ingleses, que «su interpretación se ha visto forzada con el fin de solucionar, recurriendo a ella, toda una serie de problemas que, en puridad, deben resolverse atendiendo a otros criterios de imputación objetiva; determinándose su contenido, en gran medida, por vía comparativa con los resultados que en materia extracontractual se defiendan»¹⁷⁹.

Por último, hay que decir que en el *Common Law* no se distingue, en relación a la delimitación de los daños y perjuicios, entre deudor doloso y no doloso. El test de la previsibilidad se aplica a todo tipo de deudor, por lo que el deudor doloso sólo tendrá que indemnizar los daños previsibles o previstos al momento de la celebración del contrato.

¹⁷⁸ MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, op. cit., p. 135.

¹⁷⁹ SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, op. cit., pp. 49 y 50.

3.3. La consagración del test de previsibilidad en el Derecho Uniforme de la Contratación Internacional

3.3.1. Introducción

La consagración definitiva de la regla de la previsibilidad se ha producido con su adopción por el Derecho Uniforme de la Contratación Internacional, concretamente en los artículos 82 y 86 de la ULIS, 74 de la CISG, 7.4.4. de los PICC, 9:503 de los PECL y III-3:703 del DCFR, y, más recientemente, en el 161 de la CESL. En este apartado limitaremos nuestro estudio a los tres primeros textos, siendo el DCFR y la CESL abordados junto con el artículo 9:503 de los PECL.

3.3.2. La introducción de la regla de la previsibilidad en la ULIS

La ULIS adoptó el enfoque de la regla de la previsibilidad de los daños propia del *Common Law*, enunciando la misma regla, pero distinguiendo en función de que se haya resuelto o no el contrato. Para los casos en que no se resuelve, dispone su art. 82 que *«los daños y perjuicios por una violación cometida por una de las partes, serán iguales a la pérdida y a la falta de ganancia sufrida por la otra parte. Los daños y perjuicios no excederán la pérdida o la omisión de la ganancia que la parte que no cumpla hubiera debido prever al tiempo de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos que ella conozca o debía haber conocido como consecuencia posible de la violación del contrato»*. Para los casos en los que se ha resuelto el contrato y existe un precio corriente de mercado (art. 84) o se ha realizado una compra de reemplazo (art. 85), el art. 86 establece que, con independencia del resarcimiento conforme a los dos anteriores artículos, la indemnización se podrá incrementar *«con todos los gastos razonables en que efectivamente se haya incurrido como consecuencia del incumplimiento, o bien, con el monto de todas las pérdidas sufridas y de todas las ganancias dejadas de percibir que la parte que no cumpla debió haber previsto al momento de la celebración del*

contrato tomando en consideración circunstancias conocidas o que debió haber conocido como consecuencias posibles de la violación del contrato».

Ambos artículos coinciden con los criterios que estableció el juez Asquith L. J. en el caso *Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newman Industries Ltd.*, por lo que en la ULIS, el deudor sólo será responsable de aquellos daños que, conforme a las circunstancias que conociera o debiera conocer, fueran previsibles en el momento de contratar como consecuencia posible del incumplimiento.

La influencia del *Common Law* ha provocado que la ULIS, al igual que la CISG, sea un reflejo de las ventajas y de los inconvenientes que en aquél se presentan¹⁸⁰. Entre las primeras, debe destacarse que el juicio de previsibilidad se sitúa en el momento de celebración del contrato, siendo en este momento donde se determina la serie causal, siempre desde la perspectiva única del deudor, de los daños que resulten una consecuencia posible de su incumplimiento. Entre los inconvenientes debe indicarse que el test de previsibilidad se emplea como criterio único y exclusivo de imputación objetiva de los daños¹⁸¹.

También debe señalarse que no se excluye de los límites que establece el test de previsibilidad al deudor doloso, ya que no se impone un régimen diferente en función de cuál sea la conducta que se predique del deudor. Ello es plenamente coincidente con el criterio adoptado en el *Common Law*, apartándose en consecuencia de la regla de POTHIER, y, por tanto, de los Códigos civiles latinos.

¹⁸⁰ Sobre las ventajas y los inconvenientes que presenta la regla de la previsibilidad en la ULIS, *vid.*, SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 53.

¹⁸¹ Sobre esta cuestión, afirma SOLER PRESAS, A., que «su carácter exclusivo o de regla única en materia de delimitación de la extensión de los daños contractuales, fruto del entusiasmo, a nuestro juicio excesivo, del que hizo gala RABEL a la hora de defender su utilidad. En consecuencia, no consideró preciso combinarla con otros posibles criterios de imputación objetiva, error en el que, por influencia de la LUVI, también se incurre en la Convención de Viena sobre compraventa de mercaderías (art. 74). Esta falta de realismo a la hora de considerar los límites propios del criterio traerá consigo importantes problemas en materia de daños consecutivos», *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 53.

No obstante esta influencia en la ULIS, existe una importante diferencia en cuanto que en el *Common Law* se establece que los daños indemnizables serán los que se prevean como consecuencia probable del incumplimiento; en cambio, en la ULIS, los daños deben ser consecuencia posible del incumplimiento, encontrándonos ante una mera posibilidad, ante un régimen más estricto en relación a la exoneración del deudor, puesto que la posibilidad es un requisito más amplio o extenso que el rigor de la cierta probabilidad.

3.3.3. El test de previsibilidad en la CISG

Por lo que respecta a la regla de la previsibilidad en la CISG¹⁸², de la que advertimos que también se predicen las mismas notas expuestas para la ULIS¹⁸³, establece su artículo 74 que la «*indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o*

¹⁸² Sobre la regla de la previsibilidad en la CISG se pueden consultar, entre otros: CALVO CARAVACA, A.L. y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «Capítulo II. El contrato de compraventa internacional de mercancías», en AA. VV., *Contratos Internacionales*, (directores Alfonso L. Calvo Caravaca y Luis Fernández de la Gándara, coord. Pilar Blanco-Morales Limones), Tecnos, Madrid, 1997, pp. 315 y 316; CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, pp. 719 y 720; HONNOLD, J.O., *Uniform Law For International Sales*, Third Edition, Kluwer Law International, 1999, pp. 447 y 448; ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, pp. 223 a 227; KNAPP, V., «Commentary Arts. 74 a 77», en AA. VV., *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention*, (By C.M. Bianca y M.J. Bonell, coord. by M.J. Bonell), Giuffrè, Milán, 1987, pp. 538 y ss.; MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 153 y 154; PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario artículo 74», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 604 a 609; STOLL, H., «Commentary Art. 74 a 77», en AA. VV., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Second Edition (in translation), (Edited by Peter Schlechtriem), Translates by Geoffrey Thomas, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 565 a 571.

¹⁸³ Como afirma STOLL, H., «the pilot work of Ernst Rabel led to its inclusion in ULIS and it was left unaltered in the Vienna Convention», «Commentary Art. 74...», *op. cit.*, p. 554. Si bien, como indica KNAPP, V., la regulación de la indemnización de daños en la ULIS y en el CISG se diferencia, en que la «ULIS strictly distinguished between damages when the contract was not avoided (sub-section A) and damages when the contract was avoided (sub-section B); this Convention does not», «Commentary Arts. 74...», *op. cit.*, p. 538.

debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato»¹⁸⁴.

¹⁸⁴ Este artículo se corresponde, permaneciendo invariable, con el 70 del Proyecto de Convención de 1978: «dichos daños y perjuicios no podrán exceder de la pérdida que la parte que incumpla haya previsto o debía haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos y los elementos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento como consecuencia posible del incumplimiento del contrato». En la jurisprudencia comparada existen tanto laudos arbitrales como sentencias que han aplicado la regla de la previsibilidad, ya en el sentido de estimar su imprevisibilidad como su previsibilidad. Por lo que se refiere a la imprevisibilidad de los daños, así «la parte que no podía haber previsto las pérdidas siguientes: alquiler de maquinaria por el cliente del comprador [Laudo de la CIETAC No. 1740, China, 20 de junio de 1991, publicado en Zhongguo Guoji Jingji Maoyi Zhongcai Caijueshu Xuanbian (1889-1995) (Beijing 1997), No. 75 (429-438) (el alquiler de maquinaria por el cliente del comprador no era previsible para el vendedor que incurrió en incumplimiento)]; tratamiento de las mercaderías en otro país a raíz de una entrega tardía [Caso CLOUT No. 294 (Oberlandesgericht Bamberg, Alemania, 13 de enero de 1999) (la parte que no cumplió no podía prever que la entrega tardía implicaría un tratamiento en Alemania y no en Turquía)]; los pagos excepcionalmente importantes al transitario [Laudo arbitral de la Cámara de Comercio e Industria de Estocolmo, Suecia, 1998, Unilex (los pagos efectuados por el comprador agraviado al transitario eran excepcionalmente importantes y se redujeron por ende en un 50%)]; litigio sobre los honorarios de abogado o con el transitario [Laudo arbitral de la Cámara de Comercio e Industria de Estocolmo, Suecia, 1998, Unilex (los honorarios del abogado del comprador agraviado en el litigio con el transitarios)]; los gastos de reparación de una máquina de amolar cuyo importe era superior al precio del alambre que debía amolarse [Caso CLOUT No. 235 (Bundesgerichtshof, Alemania, 25 de junio de 1997) (los gastos de reparación de una máquina de amolar eran imprevisibles por no ser razonables en relación con el precio del alambre que debía molarse)]; la ganancia dejada de obtener porque el vendedor que no cumplió no conocía las condiciones del contrato con el cliente del comprador [Caso CLOUT No. 476 (Arbitraje-Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa, laudo No. 406/1998 de 6 de junio de 2000) (la indemnización del comprador por la ganancia dejada de obtener se redujo al 10% del precio porque el vendedor que no cumplió desconocía las condiciones de la reventa)]; el examen de las mercaderías realizado en el país de importación y no de exportación [Caso CLOUT No. 474 (Arbitraje-Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa, laudo No. 54/1999 de 24 de enero de 2000) (el vendedor no podía prever que una inspección, que presumiblemente afectó negativamente a la imagen de la marca de las mercaderías vendidas, se efectuaría en el extranjero)]. Por el contrario, «varios fallos llegaron expresamente a la conclusión de que los daños y perjuicios cuya indemnización se exigía eran previsibles. Un fallo consideró que el vendedor de una mercadería a un comprador al por menor debería haber previsto que éste la revendería [Caso CLOUT No. 168 (Oberlandesgericht Köln, Alemania, 21 de marzo de 1996) (el vendedor de una mercadería a un comprador al por menor debería haber previsto que el comprador la revendería). Véase también el caso CLOUT No. 47 (Landgericht Aachen, Alemania, 14 de mayo de 1993) (el comprador que no se hizo cargo de los audífonos electrónicos podía prever las pérdidas que suponía esa entrega para el vendedor)]; un tribunal arbitral concluyó que el vendedor que había incumplido debería haber previsto las pérdidas del comprador porque había mantenido con él una abundante correspondencia sobre los problemas de suministro [CLOUT case No. 166 (Arbitraje-Schiedsgericht der Handelskammer Hamburgo, 21 de marzo, 21 de junio 1996) (el tribunal presumió, de acuerdo con las facultades que le otorga el derecho interno, que el importe de la pérdida causada era previsible)]. Otro fallo llegó a la conclusión de

Este artículo, si bien parte del principio de reparación integral de los daños, a continuación establece una importante limitación: sólo serán indemnizables aquellos daños y perjuicios que hubieran sido previstos o previsibles, como consecuencia posible del incumplimiento, en el momento de la perfección del contrato. Teniendo en cuenta que lo que sea previsible o no dependerá de «los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento»¹⁸⁵.

Dicha regla, al igual que en el *Common Law* y en la ULIS, apartándose por tanto de POTHIER y de los Códigos civiles latinos, no se excluye en los supuestos de deudores dolosos, por lo que su eficacia delimitadora del *quantum respondatur* es unitaria para todo tipo de deudor, sin que su conducta dolosa suponga una agravación de su responsabilidad¹⁸⁶. Sin embargo, sí se diferencia del *Common Law*, al igual que la ULIS, en que no se exige el rigor de que el daño previsible se contemple como una consecuencia probable o

que un comprador que había incurrido en incumplimiento podía prever que un vendedor agraviado de mercaderías fungibles perdería su margen habitual de beneficios [Caso CLOUT No. 427 (Oberster Gerichtshof, Austria, 28 de abril de 2000) (el comprador que incurrió en incumplimiento podía prever que el vendedor agraviado de mercaderías fungibles perdería su margen habitual de beneficios)]. Otro tribunal otorgó por mayoría una indemnización de un diez por ciento del precio al vendedor que había fabricado una cuchillería por pedido especial del comprador y la mayoría de los jueces hizo notar que el comprador que no había cumplido podía prever que tendría que desembolsar esa suma [Caso CLOUT No. 217 (Handelsgericht des Kantons Aargau, Suiza, 26 de septiembre de 1997) (Según una opinión disidente, el vendedor no había probado suficientemente la cuantía de los daños y perjuicios sufridos)]», UNCITRAL (CNUDMI), Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods.htm1.

¹⁸⁵ Como indican ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., «se trata como se deduce fácilmente de dos estándares distintos. Uno se centra en el punto de vista subjetivo de la parte incumplidora (lo que hubiera previsto), mientras que el otro, muy probablemente el que predomina en caso de disputa, se fija en lo que debiera haber previsto (estándar objetivo)», *Derecho Mercantil Internacional...*, op. cit., p. 225.

¹⁸⁶ Expresamente se indica en UNCITRAL (CNUDMI), *Comentarios sobre el Proyecto de Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, preparados por la Secretaría de la CNUDMI-UNCITRAL, <http://www.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/cisg/1.htm1>, que «en algunos sistemas la limitación de los daños y perjuicios a los que la parte que incumpla haya previsto o debía haber previsto en el momento de la celebración del contrato no se aplicará si el incumplimiento se debió a fraude de la parte perjudicada. Sin embargo, en la presente Convención no existe dicha norma».

altamente posible. Será suficiente que el deudor contemple el daño como una consecuencia posible de su incumplimiento¹⁸⁷.

Teniendo atribuido el test de previsibilidad la función de delimitar los daños y perjuicios de los que responderá el deudor, se plantea PANTALEÓN PRIETO respecto de la CISG, el mismo problema que indicó SOLER PRESAS respecto al *Common Law*: ¿será suficiente la regla de la previsibilidad como único criterio de imputación objetiva? Afirma, con buen criterio, que «cabe dudar que el criterio de la previsibilidad al tiempo de contratar pueda realizar solo toda la tarea de limitación razonable de las indemnizaciones especialmente en lo que respecta a los daños que alcanzan a otros bienes del acreedor, sin convertirse en una “fórmula vacía”»¹⁸⁸. Contempla cómo en los Derechos de nuestro entorno la función delimitadora de los daños comparte la regla de la previsibilidad con otros criterios de imputación objetiva que son atraídos mediante las expresiones “consecuencia necesaria”, en el caso de nuestro Código, o “inmediata y directa” del *Code* y del *Codice*. Esta atracción de los criterios de imputación objetiva a la CISG la justifica en la exigencia de que los daños sean consecuencia del incumplimiento. Concretamente afirma PANTALEÓN PRIETO que «una alternativa sería encastrar esos otros criterios de imputación en el requisito de que el daño sea «consecuencia» del incumplimiento»¹⁸⁹. Creo que la alternativa que postula dicho autor es de asentir plenamente, si bien, no veo inconveniente en añadir, tal como establece el propio artículo, que el daño sea «consecuencia posible del incumplimiento».

De este artículo debemos abordar dos cuestiones más, en las que también seguimos a PANTALEÓN PRIETO. De una parte, la cuestión de qué es lo

¹⁸⁷ En este sentido indica STOLL, H., que «above all, however, English and American courts tend to require a certain degree of probability that the damage will occur, before it is considered to be relevant of the purposes of damages», «Commentary Art. 74...», *op. cit.*, p. 567. *Vid.* sobre esta cuestión a MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 154 y PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario artículo 74»..., *op. cit.*, pp. 604 y 605.

¹⁸⁸ PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario artículo 74»..., *op. cit.*, p. 605.

¹⁸⁹ PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario artículo 74»..., *op. cit.*, p. 605.

que debe prever la parte incumplidora; y de otra, por qué se ubica en el momento de la celebración del contrato la contemplación de los daños.

Respecto a la primera, afirma que «la previsibilidad deberá abarcar no sólo la causa del daño o su tipo o clase, sino *también la entidad cuantitativa* (no ya la exacta cuantía) del mismo»¹⁹⁰. Esta afirmación, exige, para su adecuada comprensión, partir de la función que cumple la regla de la previsibilidad. Se trata de delimitar los daños para no hacer excesivamente rigurosa la indemnización del incumplidor, partiendo ello de la asunción y distribución de los riesgos del contrato¹⁹¹. En definitiva, la previsibilidad pretende que el deudor que incumple sólo responda de los riesgos o daños que asumió, y en función de los cuales entendió los costes del contrato. Por tanto, si el daño era asumido, porque se había previsto, pero lo previsto era un daño de unos parámetros, si ese daño, imputable por asumido, después ha adquirido una cuantía extraordinaria, que no fue prevista, ¿cómo hacer responsable de la cuantía que excede de la prevista al deudor? Considero que difícilmente puede justificarse hacer responsable al deudor de unos daños, o, mejor dicho, de una cuantía excesiva, que no había sido prevista y, por tanto, ni asumida ni garantizada por el deudor¹⁹². Y ello, porque iría en contra del espíritu de la

¹⁹⁰ *ult. op. cit.*, p. 606.

¹⁹¹ Tal y como afirma MORALES MORENO, A.M., el artículo 74 «incita a los contratantes, en el momento de contratar, a calcular, sobre la base conocida o perceptible del caso concreto, los riesgos derivados de su eventual incumplimiento; a establecer el precio, de acuerdo con ese riesgo previsible; o excluirlo, mediante una cláusula de exoneración», *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 218. En la misma línea afirma STOLL, H., que «the promisor's objective liability for breach of contract, except where it is due to the interference of impediments beyond his control under Article 79, and the contemplation rule in Article 74, second sentence, are corresponding aspects of a uniform principle governing the Convention, namely that liability is limited in accordance with the risk inherent in the contract which the parties accepted by concluding that contract», «Commentary Art. 74...», *op. cit.*, p. 555.

¹⁹² En este sentido, afirma STOLL, H., que «a loss is foreseeable within the meaning of Article 74, second sentence, if the risk that has actually materialized is essentially the same as the risk which was foreseeable at the time of the conclusion of the contract and which the promisor impliedly assumed. In such an appraisal both the claim of events leading up to the loss and the type and extent of the loss are significant factors. The risk of a loss is, of course, mainly characterized by the type of loss which threatens. In general, it is not essential for liability that the party in breach could have foreseen the precise amount of the loss which has occurred. However, an attempt to restrict the notion of foreseeability solely to the type of loss and to

regla; recuérdese que este problema ya fue contemplado por POTHIER, tanto para el deudor doloso como el no doloso, e incluso, se puede afirmar, que en su pensamiento se encuentra el origen del art. 1103 CC¹⁹³.

En relación a la segunda cuestión indicada, esto es, por qué se debe tomar en consideración para la contemplación de lo que se debió prever en el momento de la celebración del contrato, la argumentación coincide con la cuestión anterior. Si el fundamento de la regla de la previsibilidad se encuentra en la asunción y distribución de los riesgos, y de ésta derivan las prestaciones a las que las partes mutuamente se hayan comprometido, o, en otras palabras, los riesgos asumidos serán los que permitan a las partes calcular los costes de la operación, por tanto, no existe otra posibilidad. Lo contrario supondría poner al deudor en una situación complicada y posiblemente injusta, puesto que, si una vez celebrado el contrato tiene que asumir riesgos que no estaban previstos en el momento de su perfección, se puede dar el caso de que el coste de la misma no le resulte rentable, o no en la cuantía que esperaba, ya que de haber conocido antes dichos riesgos posiblemente hubiera incrementado el valor de su prestación¹⁹⁴.

exclude the extent of the loss from consideration is unconvincing; if the extent of the loss considerably exceeds what was foreseeable, then a risk of loss has materialized which is different from the risk which was foreseeable. Article 74, second sentence, may well lead to damages for a foreseeable type of loss being limited to the foreseeable part of a considerably more extensive actual loss», «Commentary Art. 74..., *op. cit.*, p. 569. En la misma línea indica PANTALEÓN PRIETO, F., que «es perfectamente posible que, considerándose un determinado evento dañoso objetivamente imputable, conforme al criterio que nos ocupa, a la falta de cumplimiento, se estime que no lo es todo el *quantum* del daño que ha causado al acreedor, sino tan sólo una parte», «Comentario artículo 74»..., *op. cit.*, p. 606. *Vid.* también KNAPP, V., «Commentary Arts. 74..., *op. cit.*, p. 541.

¹⁹³ «Artículo 1103. La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos».

¹⁹⁴ Argumenta PANTALEÓN PRIETO, F., que «el momento de referencia del juicio de previsibilidad es el de la celebración del contrato, y no el del cumplimiento: las informaciones obtenidas por el deudor entre uno y otro momento son inhábiles para incrementar su responsabilidad; lo que resulta perfectamente razonable, porque prestación y contraprestación se fijan al tiempo de contratar, a la luz de los riesgos que cada parte entiende asumir en ese momento», «Comentario artículo 74»..., *op. cit.*, p. 606. *Vid.* también KNAPP, V., «Commentary Arts. 74..., *op. cit.*, p. 542.

De la anterior cuestión deriva otra no menos importante: si el momento que determina lo que se debió prever, a efectos de la delimitación, es el de la perfección del contrato, las partes, por su seguridad, se encontrarán en la obligación de ofrecer a la otra la mayor información posible. Cuanta más información de las circunstancias particulares que se encuentren conectadas con la operación, mayor será el espectro de daños o riesgos que la otra parte, si definitivamente contrata, asuma. Si bien, debe realizarse una precisión: el mero hecho de la información, del conocimiento de las partes de las circunstancias del caso, no resulta suficiente para que los riesgos resulten asumidos. Es requisito necesario, como señala PANTALEÓN PRIETO, «no sólo que la información sobre las circunstancias especiales que configuran aquel riesgo le haya sido proporcionada *precisamente por la otra parte*; sino que lo haya sido *de tal forma, que personas razonables del mismo sector del tráfico, situadas en el lugar de los contratantes, habrían considerado que se asumía, salvo inmediata protesta, el correspondiente riesgo de responsabilidad*»¹⁹⁵.

Por último debe tratarse el carácter normativo del juicio de previsibilidad. El juicio de previsibilidad no atiende a lo que la parte incumplidora ha previsto como consecuencia lógica de su incumplimiento, que impregnaría al juicio de previsibilidad de un carácter subjetivo, sino de lo que debió prever, atendiendo a la información propia del tipo de contrato celebrado¹⁹⁶. Por ello, afirma PANTALEÓN PRIETO que el test de previsibilidad es un juicio normativo, es una herramienta «para construir la norma dispositiva en materia de *quantum respondatur* congruente con la naturaleza y finalidad del contrato incumplido»¹⁹⁷.

¹⁹⁵ PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario artículo 74»..., *op. cit.*, p. 607.

¹⁹⁶ En tal sentido, indica STOLL, H., que «the only question is whether the promisor, or a reasonable person in his position, ought to have foreseen at the time of conclusion of the contract that, if the contract were to be breached in the manner which has occurred, it might have given rise to the loss which has occurred. Consequently, it does not matter whether the promisor himself ought to have foreseen the breach», «Commentary Art. 74...», *op. cit.*, p. 567 y 568. *Vid.* también KNAPP, V., «Comentar Arts. 74...», *op. cit.*, p. 541.

¹⁹⁷ PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario artículo 74»..., *op. cit.*, p. 607.

3.3.4. La influencia de la regla de la previsibilidad de la CISG en los PICC

La regla de la previsibilidad de los daños se enuncia en los PICC bajo la denominación «*Previsibilidad del daño*» en su artículo 7.4.4¹⁹⁸ que preceptúa que «*la parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto o que razonablemente podría haber previsto, como consecuencia probable de su incumplimiento, al momento de celebrarse el contrato*»¹⁹⁹.

Como en su propio Comentario se afirma, «el principio de que el daño resarcible se limita a aquél que pudo ser previsto se corresponde con la solución adoptada por el Art. 74 de la CISG», por lo que las cuestiones que hemos abordado en el epígrafe anterior, resultan también predicables respecto del artículo 7.4.4 de los PICC²⁰⁰.

¹⁹⁸ Sobre el test de previsibilidad en los PICC, *vid.*: BONELLI, F., «La responsabilità per dani», en AA. VV., *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit*, (a cura di Michael J. Bonelli e di Franco Bonelli), Giuffrè Editore, Milano, 1997, pp. 311 a 315; MORÁN BOVIO, D., «Capítulo 7. Incumplimiento», *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, (coordinado por David Morán Bovio), Aranzadi, 2ª edición, Navarra, 2003, pp. 361 a 363; TALLON, D., «Les dommages-intérêts dans les Principes Unidroit relatifs aux contrats du comerce international», en AA. VV., *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit*, (a cura di Michael J. Bonelli e di Franco Bonelli), Giuffrè Editore, Milano, 1997, pp. 302 a 303 y VIGURI PEREA, A., *Los Contratos Comerciales Internacionales: análisis de la compraventa desde la perspectiva del Derecho Comparado (Derecho español, Derecho norteamericano, Principios Unidroit y Convenio de Viena)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007, 231 a 233.

¹⁹⁹ En relación a la regla de la previsibilidad, indica BONELLI, F., que «la *ratio* giustificativa del limite, ritenendosi volta a volta che essa debba riportarsi ad una tacita volontà contrattuale in base alla quale il debitore assumerebbe a suo carico il rischio dei danni prevedibili conseguenti al suo indempimento, oppure ad un generico fondamento equitativo al fine di evitare risarcimenti “sproporzionati”, oppure ancorato alla necessità di diminuire il rischio imprenditoriale ed incrementare pertanto i commerci, o ad una funzione di prevenzione della responsabilità, che può sussistere solo se il rischio è prevedibile dalla parte inadempiente, o, più in generale, alla circostanza che il vincolo obbligatorio importa sempre l'assunzione di un sacrificio contenuto entro i limiti di normalità, criterio questo cui può riportarsi anche quello della prevedibilità», «La responsabilità..., *op. cit.*, pp. 311 y 312.

²⁰⁰ De este artículo, afirma TALLON, D., una vez que expone la forma en que se ha concebido la regla de la previsibilidad en el Derecho francés, como criterio de delimitación de los daños, y en el Derecho inglés, como criterio de causalidad entre incumplimiento e inejecución, que «en écartant l'incidence de la faute loured et du dol, l'article 7.4.4 se rallie

No obstante lo anterior, existe un aspecto en el que se alejan de la fórmula empleada en el texto vienés. Los PICC disponen, a diferencia de la CISG pero en consonancia con el *Common Law*, que los daños que se deben indemnizar son los que resulten previsibles como consecuencia probable del incumplimiento. De lo que deriva, al exigirse la probabilidad, que los daños indemnizables serán menores que bajo la CISG. No será suficiente, para la efectiva indemnización de los daños, la previsibilidad de los perjuicios como una consecuencia meramente posible. En definitiva, el deudor, al tener que prever el daño como probable, tiene más posibilidades de exonerarse de indemnizar que si lo que tuviera que prever fuera una mera posibilidad, por lo que la regla establecida en los PICC resulta más ventajosa para el deudor.

Por último, en relación a lo que la parte incumplidora debió prever, en principio parecería que se está separando de cómo se resuelve la cuestión en la CISG, si bien debe decirse que no es así, pese a la ambigüedad de la exposición. Se afirma en su Comentario que «la previsibilidad del daño se refiere a la naturaleza del daño y no a su amplitud». Esta afirmación nos llevaría a sostener que siendo el tipo o clase de daño previsible, y por tanto imputable, el deudor debería responder del daño con independencia de su mayor o menor amplitud, lo que considero que iría contra el espíritu o fundamento de la regla, tal y como se razonó en relación a la CISG. Pero sus comentaristas, tal vez teniendo presente la forma en que ha sido interpretado el problema de qué debe prever el deudor en la CISG y de las posibles situaciones injustas que su anterior afirmación podría acarrear, la flexibilizan indicando a continuación que «a menos que ésta sea tal que transforme un perjuicio por otro de naturaleza diferente. En todo caso, la noción de previsibilidad es lo suficiente flexible como para dejar al juez un amplio margen de discreción». A la luz de lo anterior, puede afirmarse que también en los PICC la cuestión de qué debe prever el deudor debe referirse tanto al tipo de daño como a su cuantía, si bien considero que la forma de expresarla no

plutôt à la conception de la prévisibilité comme critère de la causalité. Mais l'application de l'article en cas d'inexécution dolosive risqué d'être difficilement admise par certains», «Les dommages-intérêts..., *op. cit.*, p. 303.

resulta muy afortunada. ¿Desde cuándo la amplitud de un daño modifica su naturaleza? Estimo que lo correcto hubiera sido, ya sea en la propia letra del precepto o en el Comentario, afirmar que el juicio de previsibilidad debe hacer referencia tanto al tipo de daño como a su cuantía, y de esta forma evitar lo que entiendo como una deficiente solución de la cuestión en cuanto a su formulación.

4. El artículo 9:503 de los PECL: estructura y fuentes inspiradoras

En este epígrafe se analizarán dos cuestiones fundamentales para la comprensión de la regla del artículo 9:503 de los PECL.

En primer lugar, estudiaremos la estructura del artículo 9:503. Por una parte, las referencias a los criterios de imputación objetiva, y, dentro de ellos, al test de previsibilidad, así como la distinción que realiza entre los deudores en función de cuál sea su conducta ante el incumplimiento. El estudio pormenorizado tanto de los criterios de imputación como del test de previsibilidad, y su distinta virtualidad en función del tipo de deudor ante el que nos encontremos, serán analizados en sus correspondientes apartados. Por tanto, insistimos, aquí nos limitaremos sólo a la estructura del precepto.

Y en segundo lugar, se estudiarán las fuentes en las que se ha inspirado la redacción del artículo 9:503, así como la influencia que sobre los PECL han tenido la forma en que tanto los Derechos nacionales como el nuevo Derecho de la contratación uniforme han adoptado la regla de la previsibilidad.

4.1. Su estructura

Corresponde ahora analizar la estructura de la regla de la previsibilidad contenida en los PECL, cuyo artículo 9:503, intitulado «*Previsibilidad*», la enuncia disponiendo que «*la parte que incumple sólo responde de las pérdidas*

que haya previsto o que hubiera podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato como consecuencia lógica de su incumplimiento, salvo que el incumplimiento sea deliberado o gravemente negligente»²⁰¹.

El artículo se compone de dos partes, una, que formula la regla general y, otra, que establece su excepción.

La regla general sería que *«la parte que incumple sólo responde de las pérdidas que haya previsto o que hubiera podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato como consecuencia lógica de su incumplimiento»*. Tiene como destinatario a un tipo de deudor, al que no lo califica de ninguna forma, lo que exige su conceptualización por contraposición al destinatario de la excepción, es decir, al que incumple de forma deliberada o gravemente negligente, y al que denominaremos ordinario. El efecto que atribuye al incumplimiento del deudor ordinario incide sobre el *quantum respondatur*, es decir, los daños que tendrá que indemnizar se verán limitados por aplicación del test de previsibilidad.

La comprensión de esta regla general exige el estudio de las siguientes cuestiones: delimitar qué se debe entender por deudor ordinario; qué es lo que debió prever, es decir, el tipo o clase de daño o, también, la cuantía del mismo; qué significa el término razonablemente; la ubicación en el momento de la perfección del contrato como determinación de los daños previsibles; y, por último, qué debe entenderse por consecuencia lógica del incumplimiento, si

²⁰¹ Vid. sobre el test de previsibilidad en los PECL: CHENGWEI, L., *Remedies for Non-performance: Perspective from CISG, UNIDROIT & PECL*, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei-74.htm>, pp. 9 a 15; Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 377 y 378; MARI, A., «Commentary Arts. 9:501...», *op. cit.*, pp. 451 y 452; MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 467; LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 650 a 654; NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento de...», *op. cit.*, pp. 1235 a 1262; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho...», *op. cit.*, p. 90; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «La moderna regulación de la indemnización...», *op. cit.*, pp. 468 a 470; SOLER PRESAS, A., «La indemnización por resolución...», *op. cit.*, pp. 5 a 8.

bien, como ya advertimos, la versión original en inglés emplea la expresión «*likely result*», por lo que la traducción que consideramos correcta es “resultado o consecuencia probable” del incumplimiento.

Debemos advertir que para la delimitación de los daños indemnizables del deudor ordinario se emplean dos criterios distintos y cumulativos. El deudor ordinario sólo responderá de los daños «*que haya previsto o que hubiera podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato*», primer criterio; siempre y cuando sean consecuencia o resultado probable del incumplimiento del contrato, segundo criterio. Criterios que, cronológicamente, exigirían dos juicios: primero, que los daños sean consecuencia probable del incumplimiento, y dentro de éstos, los que debió prever el deudor al celebrar el contrato. En la expresión «*likely result*» es donde encuentran cómodo asiento los criterios de imputación objetiva, por lo que el segundo juicio, al que nos hemos referido, introduce en el campo de la delimitación del *quantum respondatur* en los PECL la teoría de la imputación objetiva, y por tanto, sus diversos criterios. Una vez que resulte objetivamente imputable un daño, operará, en segundo grado o nivel, el test de previsibilidad, como manifestación típica del criterio de imputación objetiva del fin de protección de la norma, en este caso del contrato.

Siendo adecuado el tenor literal de la regla general enunciada en los PECL, tal vez hubiera resultado más clarificadora que se hubiera expuesto de la siguiente forma: la parte que incumple sólo responde de las pérdidas objetivamente imputables que haya previsto o que hubiera podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato²⁰². Con ello, nos ahorraríamos tener que encastrar en la expresión «*likely result*» los criterios de imputación objetiva.

²⁰² Dicha redacción ha sido la acogida en la PMCC, cuyo artículo 1208 dispone que «*el deudor responde de los daños y perjuicios que sean objetivamente imputables a su incumplimiento; pero si éste no hubiera sido doloso, sólo responderá de los daños que se hubiesen previsto o podido prever razonablemente como consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato*». Las modificaciones que esta nueva redacción propone, o mejor dicho, la aclaración de los problemas interpretativos que ha provocado en nuestro Derecho el art. 1107, las analizaremos en el epígrafe 5º de este Capítulo.

Realizados tanto el juicio de imputación objetiva como el de la previsibilidad, y profundizando más en esta cuestión, es cuando entra en juego el principio de reparación integral del daño. El acreedor tendrá derecho a la reparación integral de todos los daños que siendo imputables objetivamente al incumplimiento debieron ser previstos.

Por lo que respecta a la excepción a la regla general, una vez enunciada la misma, continúa el artículo 9:503 estableciendo que no será aplicable cuando «*el incumplimiento sea deliberado o gravemente negligente*». Contempla como supuesto de hecho el incumplimiento en el que la conducta del deudor, a diferencia del que hemos denominado ordinario, sea deliberada o con negligencia grave, teniendo como consecuencia no beneficiarse del límite de los daños previstos. Se está excluyendo de la regla de la previsibilidad a este tipo de deudor en atención a su conducta, por lo que se produce una extensión de su responsabilidad.

El entendimiento de esta regla especial o excepción debe partir de la delimitación de qué debe entenderse por un incumplidor deliberado y gravemente negligente, máxime cuando en los Códigos latinos ya estudiados se le califica de doloso, para concluir si resultan sinónimas las expresiones de dichos Códigos con la de los PECL. Una vez definido el destinatario de la excepción, se tiene que abordar la cuestión de cuáles serán los daños que tiene que indemnizar. De este aspecto se ocupa exclusivamente, ya que, insistimos, se excluye la aplicación de la regla de la previsibilidad, la expresión «*likely result*», que, como anteriormente se ha indicado, atrae a este campo los criterios de imputación objetiva. Por ello, debe concluirse que los criterios de imputación objetiva son la medida de atribución de los daños a este tipo de deudor. De la misma manera que afirmamos que el deudor ordinario responde de todos los daños que siendo objetivamente imputables sean previstos o previsibles, aquí debe sostenerse que el deudor que incumpla deliberadamente el contrato, o actúe con negligencia grave, responderá de todos los daños que resulten objetivamente imputables, sin distinción entre los previstos e

imprevistos, de lo que deriva que el principio de reparación integral cobre mayor virtualidad.

Tanto los supuestos de hecho como las consecuencias que sobre la persona del deudor se han indicado, serán objeto de un análisis detallado cuando abordemos el estudio del régimen jurídico del deudor ordinario y del que incumple de forma deliberada o con negligencia grave.

4.2. Las fuentes en las que se ha inspirado

Debemos concretar e identificar la influencia que sobre el art. 9:503 ha tenido la forma de interpretar la regla de la previsibilidad tanto en los Derechos nacionales, concretamente en los Códigos latinos y en el *Common Law*, como en el nuevo Derecho de la contratación uniforme²⁰³.

Debe recordarse, siguiendo a TALLON²⁰⁴, que en el Derecho francés, y por influencia de éste en el italiano y en el español, la previsibilidad se ha entendido como un criterio de delimitación de los daños, en los supuestos de deudores de buena fe o no dolosos, delimitación que se excluye cuando el deudor es doloso. En cambio en el Derecho inglés, y por influencia de éste en la ULIS, la CISG y los PICC, en los que se desconoce esta extensión de la responsabilidad, la previsibilidad es un criterio de causalidad, que debe entenderse como *causation in law*, o, como consideramos más correcto para evitar confusiones, de imputación objetiva entre el incumplimiento y los daños.

Del análisis que en los epígrafes anteriores hemos realizado sobre las distintas formas en que los sistemas normativos regulan la cuestión, debe concluirse que en la redacción del artículo. 9:503 han influido decisivamente los

²⁰³ Vid. sobre esta cuestión MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 467.

²⁰⁴ TALLON, D., «Les dommages-intérêts...», *op. cit.*, p. 303.

Códigos civiles latinos, si bien existen algunos aspectos que son claramente tributarios del *Common Law* y del Derecho uniforme de la contratación.

En relación a la influencia de los Códigos civiles, la más evidente es la extensión de la responsabilidad en los supuestos de deudores dolosos. Esta agravación de la responsabilidad había sido rechazada en el *Common Law*, y por influencia de éste en el Derecho uniforme, de lo que resulta que los PECL es el primer texto uniforme que adopta tal extensión de responsabilidad, al que después le han seguido el DCFR, pero no la CESL²⁰⁵.

La influencia del *Common Law* se observa en la incorporación de las expresiones «*reasonably*» y «*likely result*». Respecto a la primera, debemos recordar cómo en el caso *Hadley v. Baxendale*, entre los criterios que estableció el juez Alderson B. para que se instruyera al jurado en el nuevo procedimiento, se señalaba que «cuando dos partes han celebrado un contrato que una de ellas ha incumplido, los daños que deben indemnizarse a la otra parte por razón de un tal incumplimiento han de ser, bien aquellos que pueden ser considerados, equitativa y razonablemente, consecuencia natural -i. e., con arreglo al normal discurrir de las cosas- de un tal incumplimiento de contrato en abstracto, bien aquellos que puede razonablemente suponerse que han sido contemplados por ambas partes, en el momento en el que celebraron el contrato, como resultado probable del incumplimiento del mismo», con la excepción de que la evolución de la *contemplation rule* ha llevado a que hoy día la consideración de los daños esté circunscrita exclusivamente al deudor. Las afirmaciones de Alderson B. se encuentran plenamente vigentes en los PECL. Lo que resulte razonable o no, debe determinarse teniendo en cuenta lo que cualquier persona, en atención a su conocimiento de las circunstancias y de las exigencias del tipo de contrato ante el que nos encontremos, considere como tal. Lo anterior se reafirma en el propio texto de los PECL, cuyo artículo 1:302 denominado «*Definición de lo razonable*» establece que «*lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de*

²⁰⁵ «Artículo 161: Previsibilidad de las pérdidas. El deudor será responsable únicamente de las pérdidas que previó, o cabía esperar que previera, en el momento en que se celebró el contrato como resultado de un incumplimiento».

buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y el objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera». Además, en su Comentario, se establece expresamente que, en relación al artículo 9:503, el término razonable debe entenderse en relación a «lo que una parte puede esperar que la otra sepa o tenga en cuenta». En el artículo 7.4.4 de los PICC también se emplea el término «razonablemente»; por el contrario, en el 74 de la CISG, en su lugar, usa la expresión «*tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento*». Considero que, en definitiva, se están refiriendo a lo mismo; es más, si se compara el texto vienés con la explicación del Comentario de los PECL de qué debe entenderse por razonable, se observa que son similares.

En lo que respecta a la expresión «*likely result*», ya hemos afirmado anteriormente que es la empleada en el *Common Law*, donde se exige la previsibilidad de la pérdida como una consecuencia probable, no siendo suficiente una mera posibilidad. Por ello, el art. 9:503 de los PECL también acoge una rigurosa previsibilidad de los perjuicios como consecuencia probable del incumplimiento, al igual que los PICC. Debe recordarse que la redacción de los PECL ha sido prácticamente coetánea a los PICC, y que, incluso, algunos juristas han participado en la elaboración de ambos textos, por lo que, salvo en la extensión de la responsabilidad, son coincidentes.

Llegados a este punto, y después del análisis de las influencias que han ejercido en los PECL tanto los Códigos civiles latinos como el Derecho inglés, se nos plantea un interrogante: ¿qué función o funciones cabe atribuirle al artículo 9:503, como delimitación de los daños o como criterio de causalidad? Considero que la respuesta correcta no puede decantarse por uno u otro criterio. Es más, cabría plantearse si dichos criterios realmente cumplen funciones distintas, o, mejor dicho, si son criterios incompatibles. Replanteemos la cuestión principal que motiva este Capítulo con un interrogante: ¿qué es lo que se trata de determinar con el problema de la *causation in law*? Si lo que se

pretende es ofrecer unos principios o reglas jurídicas consistentes que nos arrojen luz acerca de qué daños, o hasta qué daños se debe indemnizar, debemos tener presente dos juicios; uno, de imputación objetiva, y otro, de previsibilidad -que no deja de ser más que un segundo juicio de imputación objetiva, o como le hemos denominado de según nivel o grado-, que pueden ser cumulativos o no dependiendo de que se establezca un doble régimen de responsabilidad en atención a la conducta del deudor.

Pensemos en la aplicación de la regla en la CISG o en los PICC, o, incluso, en la parte primera del artículo 9:503. El daño para ser indemnizable tiene que superar el primer juicio, el de imputación objetiva, y el segundo, el de la previsibilidad. Este segundo es una especie de filtro del primero, opera siempre sobre los daños objetivamente imputables. ¿Qué soluciona?: ofrecer qué daños son los que se tienen que indemnizar, esto es, delimitar los daños, fijar el hasta dónde. ¿Qué funciones cumple?: dos, primero fija todos los imputables, y después, limita con la previsibilidad hasta qué daño se indemniza. Nos encontraríamos ante una aplicación cumulativa de ambos juicios. Qué ocurriría si el deudor actúa con una conducta más reprochable: sólo se le realizaría un juicio, el de imputación objetiva, y no se beneficiaría del segundo nivel de imputación.

De lo anterior, de las funciones, o de los criterios que acoge, podría decirse que el título del artículo 9:503 es incorrecto, o, mejor dicho, está incompleto. Sería más adecuado que se intitulara, en atención a lo anteriormente explicado, y con el objeto de ser más coherentes con los criterios que comprende: “La imputación objetiva y el test de previsibilidad”. Incluso, llegando más lejos, si el test de previsibilidad es la manifestación típica del criterio de imputación objetiva del fin de protección del contrato, podríamos denominar al artículo: “La imputación objetiva”. Tal vez, nuestras propuestas puedan resultar demasiado aventuradas, pero estimo que debe quedar suficientemente aclarado que el artículo 9:503 cumple ambas funciones, imputar y delimitar dentro de los imputados.

5. LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA

5.1. Introducción

Cuando se ha estudiado la relación de causalidad, hemos partido de la distinción entre la *quaestio facti*, en relación a la causalidad o nexo causal, y la *quaestio iuris*, respecto de la imputación objetiva (*objektive zurechnung, proximate causation*)²⁰⁶. Abordamos ahora el análisis de la imputación objetiva²⁰⁷, es decir, la cuestión de si una vez afirmado que un daño es *condicio sine qua non* del incumplimiento, éste es o no objetivamente imputable a la conducta del demandado. De ello deriva que la imputación objetiva, sus criterios, tienen como función delimitar cuáles de las consecuencias dañosas causalmente vinculadas al incumplimiento serán puestas a cargo del patrimonio

²⁰⁶ La cuestión de la imputación objetiva ya ha sido objeto de profusos trabajos en nuestra doctrina, entre otros, *vid.*: Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de...*, *op. cit.*, pp. 338 a 349 y *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Las Relaciones Obligatorias*, 6ª edición, Civitas, Madrid, 2008, pp. 784 a 786; INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 149 a 202; PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, pp. 1566 a 1591; SALVADOR CODERCH, P., FERNÁNDEZ CRENDE, A., «Causalidad y responsabilidad», ..., *op. cit.*, pp. 7 a 18 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, pp. 194 a 196.

²⁰⁷ Como señala INFANTE RUIZ, F.J., «la “imputación objetiva” del resultado al sujeto posible responsable se establece acudiendo a los llamados “criterios de imputación objetiva”, que no son más que pautas, más o menos precisas (algunos de ellos de contornos todavía no bien definidos, lo cual demuestra no la incorrección tanto dogmática como práctica de esta teoría, sino que nos encontramos ante criterios doctrinales y jurisprudenciales que necesitan de una mayor discusión), que la Jurisprudencia y la doctrina aprehende del sistema normativo de responsabilidad, y de su función», *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, pp. 160 a 161.

del deudor incumplidor²⁰⁸. A diferencia del nexo de causalidad, los criterios de imputación objetiva responden a decisiones de orden puramente jurídicas²⁰⁹.

Como ya se ha afirmado, una vez probada la existencia de nexo causal²¹⁰, se debe distinguir entre dos juicios o niveles de imputación objetiva. En el primero operarían los criterios de imputación objetiva propiamente dichos²¹¹, a saber: el riesgo general de la vida, la prohibición de regreso, la provocación, el incremento del riesgo, el fin de protección de la norma, en este caso del contrato, y la adecuación. En el segundo, el juicio o test de previsibilidad, que no es más que una concreción del criterio de imputación

²⁰⁸ Posiblemente, en materia de responsabilidad, ya sea derivada de un ilícito civil o del incumplimiento del contrato, la causalidad, entendida ésta como imputación objetiva, sea la que más controversias ha suscitado en la doctrina tanto patria como extranjera. De forma gráfica, SALVADOR CODERCH, P., FERNÁNDEZ CRENDE, A., han intitulado la entrada de su trabajo «Causalidad y responsabilidad», ..., *op. cit.*, p. 1., «no tomarás la causalidad en vano», recogiendo seguidamente la cita de John FLEMING «la causalidad es una peste». Entendemos, que no es para menos plantearse con suma atención el tema, cuando se trata de buscar y obtener el o los criterios idóneos para la imputación del daño, con las importantes consecuencias que ello lleva aparejada, esto es, el patrimonio que debe responder del mismo.

²⁰⁹ Indica Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., que «se ha dicho que la teoría de la imputación objetiva tiene el cometido de fijar criterios normativos por los cuales un resultado – en el que reside la lesión de un bien jurídico- es atribuible a un comportamiento. El problema consiste entonces en encontrar los fundamentos de la imputación y tipificar los supuestos que permitan verificarla o excluirla a través de criterios que sean de carácter puramente normativo», *Derecho de...*, *op. cit.*, p. 334.

²¹⁰ Como afirma SOLER PRESAS, A., «la labor propia del jurista empieza allí donde acaba el juicio empírico, esto es una vez constatada la relación causal que une el incumplimiento con el daño. Debe entonces determinar si, de conformidad con los criterios valorativos deducibles de cada ordenamiento en cuestión, ha de ponerse el daño a cargo de quien está detrás de esa particular condición del mismo que es el incumplimiento o si, por el contrario, debe atribuirse a cualesquiera otras concausas intervinientes en su producción», *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 40.

²¹¹ Como afirman SALVADOR CODERCH, P., FERNÁNDEZ CRENDE, A., «las insuficiencias y excesos del principio causal han llevado a los juristas a construir criterios normativos de imputación objetiva que permitan modularlo, es decir, ampliarlo o restringirlo según convengan... El problema es que muchos criterios de imputación objetiva se detienen en el nivel de las propuestas doctrinales. Pocas leyes los han hecho suyos, aunque podemos identificar algunos positivados de forma dispersa: Los arts. 154, 269, 389, 1596, 1903 y siguientes del Código Civil, que delimitan los roles sociales básicos a cuyo cargo se ponen los daños causados por personas distintas al demandado: padres, tutores, propietarios, empresarios, maestros», «Causalidad y responsabilidad», ..., *op. cit.*, p. 7.

objetiva del fin de protección del contrato²¹². Es el único criterio de imputación explícitamente comprendido en los PECL.

La expresión «*likely result*» del artículo 9:503 atrae al régimen de la indemnización de los daños en los PECL los criterios de imputación objetiva, donde encuentran asiento tales criterios²¹³. Por el contrario, la aplicación del juicio de previsibilidad es exclusiva del deudor al que hemos denominado ordinario.

En los epígrafes siguientes analizaremos los distintos criterios de imputación objetiva, dedicando especial atención al fin de protección del contrato y a la adecuación.

²¹² PANTALEÓN PRIETO, F., indica que «la regla de proposición primera del artículo 1107.I CC no es sino la manifestación típica, en el campo de la responsabilidad contractual, del criterio de imputación objetiva del “fin de protección de la norma fundadora de la responsabilidad”, de una vez se acepta que dicha norma fundadora es el *contrato mismo*, ley entre las partes», «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1026.

²¹³ En el mismo sentido, pero en relación a la expresión «*consecuencia necesaria*» del artículo 1107 de nuestro Código civil afirma PANTALEÓN PRIETO, F., que «el requisito de que el daño sea «consecuencia necesaria» de la falta de cumplimiento debe estimarse que incorpora los restantes criterios de imputación objetiva del daño: riesgo general de la vida, adecuación, incremento del riesgo, etc», «Voz Responsabilidad Contractual», en AA. VV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. IV, (dir. Alfredo Montoya Melgar), Civitas, Madrid, 1995, p. 5925. Al respecto, afirma OLIVA BLÁZQUEZ, F., que «según el artículo 1107.I el deudor de buena fe responderá de los daños y perjuicios siempre y cuando «sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento». Desde luego, la expresión no es afortunada, en tanto que parece remitirnos a un problema de pura causalidad fáctica. Tal conclusión nos llevaría al absurdo de abrir las puertas a la indemnizabilidad de cualquier daño causalmente vinculado con el incumplimiento, amén de que el requisito de la causalidad entre el incumplimiento y el daño es un presupuesto previo e imprescindible para que pueda prosperar la acción indemnizatoria, con independencia de que el deudor sea de buena o mala fe...Por todo ello, entiendo con la mejor doctrina que el problema se limita a tratar de determinar qué daños de las series causales registradas a raíz del incumplimiento contractual son realmente imputables al deudor. Estamos, pues, ante un problema de imputación jurídica, no de causalidad fáctica, por mucho que, como muy acertadamente ha sido señalado, no siempre resulta claro dónde termina un juicio fáctico de causalidad y dónde comienza una regla jurídica de imputación del daño», «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008...», *op. cit.*, p. 625. *Vid.*, también SÁNCHEZ ARISTI, R., «Comentario a los artículos 1.101...», *op. cit.*, p. 1292.

5.2. El criterio del «riesgo general de la vida» (*Allegemeine Lebensrisiko, general life risks*)

Este criterio niega la imputación de aquellos daños «que sean realización de riesgos habitualmente ligados a la existencia natural del dañado: tanto los vinculados a formas de actuar que ordinariamente ocurren o que siempre cabe esperar en el normal transcurso de la existencia del afectado, como los que, con independencia de una acción u omisión del dañado desencadenada precisamente por la conducta del responsable, estén ligados de manera muy general a la existencia humana en la forma de socialización y civilización correspondiente»²¹⁴.

De conformidad con este criterio, no se podrá imputar un daño que derive de los riesgos inherentes a la vida cotidiana, incluso aunque el incumplimiento haya sido ocasión o desencadenante del resultado lesivo²¹⁵. No obstante lo anterior, señala PANTALEÓN PRIETO que «la producción del evento dañoso al que la víctima (enfermo de corazón, hemofílico, artrítico, neurótico, etc.) está especialmente expuesta o es anormalmente propensa, no puede considerarse realización del riesgo general de la vida, que excluya la imputación objetiva, a no ser que el suceso imputable al demandado, que

²¹⁴ PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, pp. 1566 y 1567. Este criterio de imputación lo describe Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., afirmando que «si en el curso causal puesto en marcha por el deudor contractual intervienen acciones de terceros que suponen un modo de actualización de un riesgo habitualmente ligado a la existencia natural del dañado, o un riesgo que pertenece a aquellos que desencadena la existencia humana, la forma de socialización y civilización correspondiente, la actualización de tales riesgos no debe imputarse al deudor contractual que sería sólo su autor mediato», *Fundamentos del Derecho...*, *op. cit.*, p. 785

²¹⁵ Los ejemplos ofrecidos por PANTALEÓN PRIETO, F., resultan muy clarificadores de cómo opera este criterio de imputación: «no cabrá imputar al responsable de haber causado leves heridas a otro, los daños que éste haya sufrido, por ejemplo, al ser atropellado cuando regresaba andando desde el hospital a su casa, tras haber sido curado de las primeras heridas; o los daños sufridos a resultas del accidente de circulación en que se vio envuelto el taxi que cogió para ir al hospital. La solución habría de ser distinta si, por ser aquellas heridas de mayor gravedad y muy urgente el tratamiento médico de las mismas, el taxi o la ambulancia hubieran ido a muy alta velocidad, y ésta hubiera sido la razón del accidente de tráfico», «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, p. 1567. *Vid.* también los ejemplos formulados por INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, pp. 163 y 164 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 194.

actualizó la predisposición dañosa, no sea sustancialmente distinto de otros que resulten muy frecuentes en la vida cotidiana. Este me parece el justo término medio entre el derecho de los enfermos y los débiles a no ser ciudadanos de segunda (a poder llevar una vida normal, sin que ello se considere “culpa” por su parte) y el de sus conciudadanos a no cargar *uti singuli* (otra cosa es la Seguridad Social) con las enfermedades y las debilidades ajenas»,²¹⁶ matización que facilita la fijación de los contornos de lo que debe entenderse por riesgo general de la vida.

Resulta ilustrativo el siguiente ejemplo propuesto por Díez-PICAZO: «no puede imputarse al deudor contractual que negó el uso de una tarjeta de crédito para la adquisición de un billete de avión el hecho de que el cliente tuviera que tomar otro y sufriera en él un accidente aéreo»²¹⁷. Otro ejemplo sería el del matrimonio, que para celebrar sus veinticinco años de casados, decide reservar on line, con un mes de antelación, las entradas para una exitosa obra que se representa en un teatro de la Gran Vía de Madrid. Al llegar al teatro, les comunican que se han vendido más entradas que aforo tiene el teatro, por lo que le hacen entrega de unas entradas para el día siguiente. Al volver caminando a casa les sorprende una fuerte tormenta de agua, que les provoca una severa pulmonía que les obliga a tener que permanecer unos días en cama.

5.3. El criterio de la «prohibición de regreso» (*Regressverbot*)

En base al mismo, cabe negar la imputación de aquellos daños, cuando en el curso causal derivado del incumplimiento del deudor se ha producido la interferencia sobrevenida de la conducta gravemente imprudente o dolosa de un tercero²¹⁸. En definitiva, este criterio hace las veces de un

²¹⁶ PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, p. 1568.

²¹⁷ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho...*, *op. cit.*, p. 785.

cortafuego impidiendo el retroceso del curso causal hasta quien lo puso en marcha, siempre y cuando se haya producido la intervención de una conducta gravemente imprudente o dolosa de un tercero. El profesor PANTALEÓN PRIETO define este criterio indicando «que propone negar la imputación objetiva del daño, cuando en el proceso causal dañoso, ciertamente puesto en marcha por el demandado, se ha incardinado sobrevenidamente la conducta dolosa o muy gravemente imprudente de un tercero»²¹⁹. Un ejemplo sería el del vendedor que se obliga a entregar una mercancía en el puerto de Sevilla el día 5 de febrero para su posterior transporte en barco a Barcelona. Como consecuencia de su retraso, la mercancía no llega al puerto hasta el día 5 de marzo y en el momento de su carga en el barco, el operario del puerto que manipula la grúa, encontrándose en un evidente estado de embriaguez, realiza mal su trabajo y la mercancía se precipita sobre el río.

Este criterio se aplicó para negar la imputación de los daños en dos célebres sentencias del Tribunal Supremo, de 16 de noviembre de 1983, en el conocido como “caso Banca Catalana”²²⁰, y de 11 de marzo de 1988, sobre el incendio ocurrido en el “Hotel Corona de Aragón”²²¹.

²¹⁸ Resulta ilustrativo el ejemplo de FRANK citado por YZQUIERDO TOLSADA, M., «no respondería el cazador que deja una escopeta cargada en una taberna en la que se encuentran discutiendo varias personas si alguno de los participantes en la disputa utiliza el arma para matar dolosamente a otro: no habría imputación objetiva, pues, a pesar de haber sido el cazador quien puso en marcha el proceso, ha sobrevenido en la secuencia causal la conducta dolosa de un tercero que impide regresar hasta quien puso en marcha el curso causal», *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 194

²¹⁹ PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, p. 1568. *Vid.*, también Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho...*, *op. cit.*, p. 785; INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, pp. 164 a 169; SALVADOR CODERCH, P., FERNÁNDEZ CRENDE, A., «Causalidad y responsabilidad», ..., *op. cit.*, pp. 13 y 14 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 194.

²²⁰ STS de 16 de noviembre de 1983, ponente D. Cecilio Serena Velloso (RJ 1983, 6116). Los hechos que dieron lugar al litigio fue el pago por el Banco de un cheque, con defectos formales, a un señor, a la sazón secretario de la Entidad demandante, que habiéndose aprovechado de la confianza de los tres que mancomunadamente tenían que firmarlo, lo cobró y desapareció. El TS estimó el recurso planteado casando la sentencia de la Audiencia y dictó segunda sentencia desestimando la demanda. El argumento esencial para negar la imputación del daño al Banco es que «ni el daño surge de la operación bancaria de realización o pago del talón (en lo que se agota la participación del banco demandado en el proceso de los hechos), sino en la conducta del tomador al apropiarse del dinero efectivo así obtenido, ni cabe conceptuar la generatriz de culpa contractual referible al contrato de cuenta

La prohibición de regreso no se aplicará en aquellos supuestos en los que la conducta gravemente negligente o dolosa del tercero se haya visto sensiblemente beneficiada por la actuación del demandado. Como ejemplo de lo anterior señala Díez-PICAZO el supuesto en el que «obligado a la custodia de una cosa la deja abandonada y un tercero se apodera de ella»²²². En estos supuestos el daño sería imputable al depositario negligente, como afirma PANTALEÓN PRIETO, por ser su conducta «una de aquellas que la norma de cuidado infringida por el demandado tenía la finalidad de prevenir»²²³.

Por último, afirma INFANTE RUIZ, siguiendo a ROXIN, que este criterio no se aplica en aquellos supuestos en los que «la conducta voluntaria y conscientemente lesiva del tercero o terceros es conforme a Derecho», lo que

corriente, evidenciándolo así el que, aún en hipótesis de talón absolutamente correcto -lo que tan fácilmente pudo acaecer- el daño patrimonial también se hubiera inferido, por lo cual no puede reputarse al talón causal de dicho daño siquiera instrumentalmente, estando el tal daño conectado directamente y causalmente tan sólo con la conducta extracontractual y dolosa y con toda probabilidad delictiva atribuible exclusivamente al procesado rebelde, que, por otra parte, al haber sido declarado en rebeldía, ya en esta vía civil, pudo y debió ser demandado como que es obviamente el principal protagonista del daño cuyo resarcimiento se pretende». Esta sentencia es estudiada por PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, pp. 1568 y 1569.

²²¹ STS de 11 de marzo de 1988, ponente D. José Luis Albácar López (RJ 1988, 1961). En el “Hotel Corona de Aragón”, en Zaragoza, tuvo lugar un incendio que produjo la muerte de setenta y seis personas. Los familiares de uno de los fallecidos interpusieron una demanda en reclamación de 10 millones de pesetas en concepto de indemnización de daños y perjuicios. Durante la Primera Instancia, en la que se desestimó la demanda, quedó probado que el incendio producido en la cocina del hotel era de escasa importancia y hubiera sido fácilmente sofocado, lo que no ocurrió por la introducción de personas desconocidas de material inflamable dentro del extintor situado en dicha cocina, lo que provocó que el incendio tomará dimensión elevada derivando en una catástrofe humana. En vista de los hechos el TS desestimó el recurso de casación directo, en base a que «resulta lógica y ajustada a derecho la conclusión a que llega la resolución que se recurre de que el nexo causal entre el incendio de la churrería y el resultado dañoso habido quedó interrumpido por la introducción de un elemento extraño explosivo, y al no existir relación de causalidad entre la presunta conducta negligente de los empleados del hotel y el resultado lesivo originado, no puede hablarse de responsabilidad extracontractual por parte de los demandados». Esta sentencia ha sido analizada por PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, pp. 1569 y 1579 y INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, pp. 165 a 167.

²²² Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho...*, *op. cit.*, p. 785.

²²³ PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, p. 1573.

ilustra señalando como ejemplo «los daños causados por los bomberos en las tareas de extinción»²²⁴.

5.4. El criterio de la «provocación» (*Herausforderung, provocation*)

Este criterio permite imputar los daños al que inicia el curso causal²²⁵, que se denomina provocador, aunque haya intervenido otra persona, siempre y cuando la actuación del tercero en el curso causal abierto fuera razonable²²⁶. Lo describen SALVADOR CODERCH y FERNÁNDEZ CRENDE como aquél «que permite imputar los daños sufridos por una persona, o causados por ésta a un tercero, en el intento de salvar su vida, su integridad física o sus bienes, o la vida, integridad física o bienes de un tercero, al que culpablemente creó la situación de peligro cierto sobre los bienes jurídicos mencionados»²²⁷. Por su

²²⁴ INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 165.

²²⁵ SALVADOR CODERCH, P., FERNÁNDEZ CRENDE, A., citan la «STS, 2ª, 26.9.2005 (La Ley, nº 6369): la víctima, detenida ilegalmente por Víctor M y Rafael, sufrió lesiones personales y daños en la ropa al arrojarle por la ventana para huir de sus captores cuando éstos la estaban amenazando con bisturís, cable eléctrico y una pistola para que se quitara la ropa. La SAP Madrid de 4.10.2004 condenó a los acusados, Víctor M. Y Rafael, por sendos delitos de robo con intimidación, detención ilegal y delito contra la integridad moral, pero les absolvió de indemnizar a la víctima. El Tribunal Supremo, en cambio, estimó el recurso de casación, revocó la SAP e imputó objetivamente los daños a la conducta de los culpables condenándoles a indemnizar a la víctima con 21.600 € por las lesiones, 3.083,41 € por las secuelas y 81,30 € por los daños en la ropa. Literalmente, el Tribunal expuso: “[e]n el caso que se analiza la situación coactiva o la presión ocasionada por el delito contra la integridad moral fue la desencadenante de las lesiones y daños sufridos. El perjudicado no se las produjo por su propia voluntad. Si existía algún resquicio para eludir la acción criminal, no puede impedírsele esa posibilidad, obligándole a soportar aquel delito y no consta que hubiera podido eludir la acción criminal sin tales riesgos, traducidos en daños corporales y materiales, que, por lo tanto, deben considerarse vinculados y objetivamente imputables a la acción delictiva anterior de los acusados, tipificada en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP”, «Causalidad y responsabilidad», ..., *op. cit.*, p. 16.

²²⁶ YZQUIERDO TOLSADA, M., pone el ejemplo «de un guarda jurado que, persiguiendo a un delincuente, causa daños en una propiedad, siempre que las condiciones de la persecución de ese provocador fuesen las adecuadas, teniendo en cuenta las posibilidades de éxito, la oportunidad del momento, los riesgos reconocibles *a priori*, etc. Habrá que imputar los daños al perseguido si son fruto del riesgo aumentado típico de la persecución», *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 195.

²²⁷ SALVADOR CODERCH, P., FERNÁNDEZ CRENDE, A., «Causalidad y responsabilidad», ..., *op. cit.*, p. 16.

parte, DíEZ-PICAZO, en su aplicación en materia contractual, lo define indicando que «en un curso causal abierto por un provocador, no son imputables al deudor contractual, por más que hubiera intervenido en él, los actos o los accidentes experimentados, cuando la actuación era, dado el curso causal, razonable, y son, por el contrario, imputables objetivamente al provocador»²²⁸. Un ejemplo podría ser el del electricista que es contratado para instalar la red eléctrica en una vivienda. Como consecuencia de los defectos de la instalación se produce un incendio en la vivienda, motivo por el cual unos vecinos llaman a lo bomberos, que, ante la ausencia de los propietarios en el inmueble, se ven obligados a derribar la puerta para poder sofocar el fuego.

Ha afirmado PANTALEÓN PRIETO que este criterio «ha sido desarrollado para resolver los problemas de imputación objetiva en dos grupos de casos fundamentalmente. En el primero, una persona resulta lesionada (o lesiona a un tercero) en un accidente sufrido en la persecución de un delincuente o de un dañante que huía del lugar de los hechos. Los daños derivados de tales lesiones serán objetivamente imputables a quien huía, siempre que pueda estimarse que la persecución fue provocada por él, en el sentido de poder considerarse una conducta no irrazonable, atendida la condición del perseguidor (la policía puede y debe asumir mayores riesgos que los particulares), tras una ponderación *ex ante* de los riesgos reconocibles de la persecución frente a la importancia de llevarla a cabo en ese momento y manera, y las probabilidades de éxito de la misma. Se da por supuesto que el accidente sufrido por el perseguidor ha sido realización del riesgo aumentado típico de la persecución: si podría haberle sucedido igual aun no persiguiendo a nadie, la imputación objetiva quedará excluida por aplicación del criterio del riesgo general de la vida. En el segundo grupo de casos, el dañado asume el riesgo del que finalmente resulta víctima (o causa daño a un tercero) en su intento de salvar su vida, integridad física o bienes ajenos, de una situación de peligro cierto, creada culpablemente por el responsable. También aquí habrá que afirmar la imputación objetiva del daño, con independencia de que el intento de salvamento tenga o no éxito, salvo que el mismo haya de

²²⁸ DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho...*, *op. cit.*, p. 785.

considerarse altamente irrazonable, por existir una enorme desproporción entre el riesgo asumido y el valor del bien en peligro, en relación con la probabilidad de salvarlo»²²⁹.

5.5. El criterio del «incremento del riesgo» o «criterio de la conducta alternativa correcta» (*Risikoerhöhung*)

Sintetiza este criterio DÍEZ-PICAZO señalando que debe excluirse la imputación de los daños a una conducta, «si, suprimida idealmente aquella conducta, el evento dañoso en su configuración totalmente concreta se hubiera producido también con seguridad o probabilidad rayana en la certeza, y si la conducta no ha incrementado el riesgo de que se produzca el evento»²³⁰.

Para la comprensión de este criterio, propone INFANTE RUIZ dos ideas principales: «1ª. El resultado (daño) causado por el agente sólo le es imputable (objetivamente) si la conducta del autor ha creado un peligro no cubierto por un riesgo no permitido, y ese peligro se ha realizado en el resultado concreto. 2ª. Si el resultado (daño) se presenta como realización de un peligro creado por el agente, por regla general es imputable (objetivamente). Pero excepcionalmente puede desaparecer la imputación si el alcance de la norma no abarca la evitación de tales peligros y repercusiones. Se plantea así una interesante conexión entre este criterio del “incremento del riesgo” y el

²²⁹ PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, pp. 1575 y 1576.

²³⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho...*, *op. cit.*, p. 786. En el mismo sentido YZQUIERDO TOLSADA, M., quien además afirma que «el criterio es pocas veces explicitado en las sentencias, aunque esté latente en muchas (así, en la de 17 de febrero de 2000, EDE 868, para un caso de suicidio de enfermo psiquiátrico en terapia ocupacional). Señaladamente, en las que aprecian que la conducta de la víctima tuvo un peso absolutamente decisivo en comparación con la escasísimamente relevante conducta del demandado, y más aún si ésta fue correcta. Siempre es posible -propongo como ejemplo- conducir más despacio, pero cuando un suicida se arroja desde el puente, por mucho que suprimamos idealmente la conducta del conductor que circulaba por aquel lugar a velocidad más que moderada, ello no va a disminuir las posibilidades de que se produzca un atropello», *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 195.

siguiente del “ámbito de protección de la norma fundadora de la responsabilidad”»²³¹.

También ha analizado este criterio de imputación PANTALEÓN PRIETO, quien perfila los contornos sobre los que se elabora, señalando que «no toda conducta que crea riesgo de lesión de los bienes de los demás puede ser calificada de negligente. Por razones fáciles de comprender, todo ordenamiento jurídico considera correcta la realización de actividades más o menos peligrosas, en atención a la mayor o menor utilidad social de las mismas y al mayor o menor coste social de las medidas de reducción del riesgo. Una conducta sólo es negligente cuando sobrepasa los límites del riesgo que, a la luz de aquellos datos, el ordenamiento estima aceptable o tolerable; cuando sobrepasa, por emplear la terminología al uso, los límites del riesgo permitido»²³².

Como afirma Díez-PICAZO «se trata de un criterio que puede ser perfectamente aplicable en los casos de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de servicios profesionales (médicos, abogados, etc.)»²³³. Pensemos

²³¹ INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 170.

²³² PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, p. 1577. Este autor cita «la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1976. Un sujeto conducía un camión por una carretera muy estrecha. Al tomar una curva sin visibilidad, redujo su velocidad a 30 km/h y, al aparecer un turismo de frente, se ciñó aún más a la derecha y frenó. Pese a todo ello, ambos vehículos chocaron frontalmente, porque el turismo venía a una velocidad excesiva y sin ajustarse a su derecha. A resultas de la colisión, falleció el conductor del turismo. La Audiencia Provincial condenó al conductor del camión por el artículo 586 número 3.º del Código Penal, con la responsabilidad civil consiguiente, bien que reducida por la culpa de la víctima. El Tribunal Supremo casó dicha sentencia y dictó otra absolutoria, porque “la negligencia leve que en la sentencia se reprocha al procesado y sobre la que se monta la condena, consistente en no haber reducido la velocidad, al entrar en la curva, al paso de un hombre, queda disculpada por el principio general de la confianza en la seguridad del tráfico [...]; pero además, si el proceso hipotético, se suprime la falta de diligencia imputada al procesado y se piensa que el camión se hubiese detenido instantáneamente por un fallo mecánico en el mismo lugar en que se produjo la colisión, se llega a la conclusión de que el accidente se hubiese producido igualmente, por lo que, en definitiva, la conducta del conductor del turismo es la que debe reputarse causa directa, adecuada y eficiente del resultado, con virtualidad para desplazar del nexo causal a la pequeña negligencia en que hubiese podido incurrir el procesado”», *op. cit.*, p. 1578.

por ejemplo, en una persona que sufre grandes dolores de cabeza y acude a una clínica con la que tiene contratado un seguro privado de salud. Como consecuencia de una defectuosa actividad del médico, se le diagnostica erróneamente que padece migrañas, cuando en realidad sufre un grave tumor cerebral que acaba con su vida en una semana.

5.6. El criterio del «fin o ámbito de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad» (*Schutzzweck der Haftungsbegründenen Norm, breach of statutory duties*)

Este criterio de imputación objetiva toma como punto de partida los concretos intereses protegidos por la norma infringida²³⁴, de manera que la norma fundamentadora de la responsabilidad no protege todos los daños derivados del evento lesivo, ya sea un ilícito civil o el incumplimiento de un contrato, sino exclusivamente aquellos concretos intereses que la norma incumplida trata de proteger²³⁵. Como indica PANTALEÓN PRIETO «no pueden ser objetivamente imputados aquellos eventos dañosos que caigan fuera del ámbito o finalidad de protección de la norma sobre la que pretenda fundamentarse la responsabilidad del demandado»²³⁶. Para que el daño producido encaje dentro de los contornos de los concretos intereses protegidos por la norma infringida, INFANTE RUIZ propone tres requisitos: «a) Que haya sido dañado el bien tutelado por tal norma. b) Que el bien lesionado entre en la esfera patrimonial o personal del sujeto o del ámbito de personas que esta

²³³ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho...*, op. cit., p. 786.

²³⁴ Señala MORALES MORENO, A.M., que «la doctrina del fin de protección del contrato supuso, de algún modo, en sus orígenes, en el Derecho Alemán, aplicar al ámbito de la responsabilidad contractual la doctrina del fin de protección de la norma, utilizada en la responsabilidad extracontractual», *Incumplimiento del contrato...*, op. cit., p. 93.

²³⁵ OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008...», op. cit., p. 625.

²³⁶ PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», op. cit., p. 1580.

norma intentaba proteger. c) Que la lesión haya sido producida en el modo en que la norma pretendía evitar que sucediese»²³⁷.

Son numerosas las ocasiones en que nuestro Tribunal Supremo ha aplicado este criterio de imputación objetiva en materia de daños extracontractuales²³⁸.

²³⁷ INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, op. cit., p. 185.

²³⁸ Cita YZQUIERDO TOLSADA, M., la conocida sentencia «de 17 de julio de 1986 (R.A.J. 4571): se trataba de la muerte por ahogamiento de un niño en una piscina municipal que se encontraba en obras y fuera de servicio. Para excluir la imputación objetiva a la entidad demandada se declaró que las medidas reglamentarias adoptadas se encontraban dictadas “una para las obras en fase de actividad de la construcción y para beneficio y protección de los trabajadores en las mismas, y otras para la seguridad de los usuarios de las piscinas *ultimadas y en uso como tales*”. En definitiva, si hay una norma incumplida, y sobre ese incumplimiento se quiere basar la responsabilidad, no cabrá imputar objetivamente los daños que caen fuera del ámbito de protección de la norma. Mejor ejemplo aún es el del “caso Peñarnada” (sentencia de 22 de febrero de 1946, R.A.J. 253): los obreros del pueblo salmantino no murieron porque su empresario incumpliera el preceptivo descanso dominical y estuvieran ellos trabajando en domingo, sino por la explosión de la cercana fábrica de municiones (de hecho, hubo otras muertes en la localidad). Las normas laborales que imponen ese descanso no tienen como finalidad preservar la vida de los trabajadores», *Sistema de Responsabilidad Civil...*, op. cit., p. 195. También cita PANTALEÓN PRIETO, F., «las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1950 y 30 de enero de 1951. El conductor de una camioneta destinada al transporte de mercancías, infringiendo el artículo 205 del Código de Circulación, llevaba a cinco personas en la caja del vehículo. Bajando un puerto se rompieron fortuitamente los frenos de la camioneta y ésta volcó, falleciendo los ocupantes de la caja. ¿Existe o no responsabilidad civil por estas muertes? El Tribunal Supremo se decidió por la negativa, argumentando en la segunda de las sentencias citadas, que “tampoco incide el fallo impugnado en la infracción del artículo 205 del Código sobre circulación de vehículos con motor mecánico [...] porque, como declara la sentencia de 20 de octubre último, dictada en un recurso interpuesto por el padre de otras dos víctimas del mismo accidente, el hecho de que viajasen en el camión varias personas, contraviendo dicho precepto, no guarda relación causal alguna con aquél, debido exclusivamente a caso fortuito de rotura de frenos, y, por tanto, intrascendente en este pleito, sin perjuicio de la sanción administrativa en que, según el mismo Código, haya incurrido el infractor”. La argumentación empleada por el Tribunal Supremo, situada en la exclusiva perspectiva de la relación de causalidad, no es de recibo. ¿Cómo ignorar el hecho de que, si el conductor de la camioneta no hubiese infringido el artículo 205 Ccirc, las víctimas no se habrían encontrado en la parte trasera del camión y, obviamente, no habrían fallecido a consecuencia del accidente? Es posible que el viajar varias personas en la caja del camión (el mayor peso que ello supone) no haya tenido nada que ver con la rotura de los frenos; pero es que el evento dañoso por el que se reclama la responsabilidad no es la rotura de los frenos, sino la muerte de las víctimas (¿habría que absolver a un sujeto que introduce dolosamente a un ciego en un campo de tiro, donde encuentra la muerte por el disparo fortuito de un tirador, argumentado que el hecho de introducirle en aquel lugar no es causa del disparo mortal?). En el caso de autos, la rotura de los frenos no es la causa única - como dice el Supremo-, sino una de las concausas de la muerte: la otra causa es, claro está, la presencia de las personas fallecidas en la caja del vehículo. Para saber si el fallo absolutorio fue o no acertado, es preciso investigar si el evento dañoso de que se trata, dada su naturaleza

La aplicación de la doctrina del fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad en materia contractual nos sitúa en el artículo 1091 CC: «*las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos*». De ello deriva, que la norma que fundamenta la responsabilidad del deudor que incumple un contrato, sea el propio contrato que regula la relación jurídica

y forma de acaecimiento, se encuadra o no dentro de la finalidad o ámbito de protección de la norma infringida. ¿Pretende o no el artículo 205 CCirc evitar sucesos como el acaecido? Si la respuesta es afirmativa, lo procedente hubiera sido dictar sentencia condenatoria; si es negativa, el fallo absolutorio habrá de considerarse acertado. Pues bien la respuesta afirmativa es la que cabe deducir de la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de *17 de diciembre de 1964*. El conductor de un camión llevaba en su vehículo a tres personas, sobre la carga de adoquines, infringiendo el artículo 205 Ccirc. Al efectuar un adelantamiento en condiciones reglamentarias, el citado conductor creyó observar que el vehículo al que adelantaba le cerraba súbitamente el paso, por lo que se desvió ligeramente a la izquierda, más de lo necesario para impedir la colisión, y sin medir bien el ancho del camión, ni calcular que el peso de la carga y la poca consistencia del tramo marginal no asfaltado podían ocasionar el vuelco del vehículo. Lo que en efecto sucedió, resultando para las personas transportadas lesiones de diversa consideración. La Audiencia Provincial condenó al conductor por imprudencia *con infracción de reglamentos*. Recurrió éste, argumentando que la calificación correcta era la de imprudencia simple (sin infracción de reglamentos), ya que la finalidad del infringido artículo 205 Ccirc no es la de evitar eventos como el acaecido. El Tribunal Supremo desestimó el recurso. Tras indicar que “si no basta que la imprudencia o negligencia simple vaya acompañada de una infracción reglamentaria cualquiera para que se realice el delito previsto en el artículo 565-2 del Código Penal, sí es suficiente para ello la conducta culposa sea la causa de uno de aquellos resultados a cuya prevención se dirige la norma infringida”, afirmó que tal requisito concurría en el supuesto enjuiciado “porque la prohibición del artículo 205 del Código de la Circulación se haya destinada a prevenir el mayor riesgo que entraña para las personas el ser transportadas en vehículos que no reúnen las condiciones de seguridad exigidas para el transporte de viajeros, sino que están acondicionados primordialmente para el transporte de mercancías y cosas, riesgo que puede convertirse en peligro concreto y aun transformarse en daño corporal, lo mismo en casos de normal circulación que en los supuestos de accidente viario”. Si como mantiene la Sala Segunda en esta sentencia, la finalidad del tantas veces citado artículo 205 Ccirc fuera, precisamente, evitar los mayores peligros que para las personas ilícitamente transportadas comporta el viajar en vehículos exclusivamente acondicionados para el transporte de mercancías, me parecería evidente que las sentencias de la Sala Primera de *20 de octubre de 1950* y *30 de enero de 1951* se habrían equivocado, al no imponer la correspondiente responsabilidad civil. Pues el evento dañoso acaecido en el supuesto decidido por ambas sería uno de los que la norma en cuestión pretendería evitar, y se habría evitado de obrar conforme a lo en ella prescrito. Yo creo, sin embargo, que fue la Sala Segunda del Tribunal Supremo la equivocada. Cuando se analiza atentamente la normativa establecida en el artículo 205 del Código de la Circulación, se llega a mi juicio a la conclusión de que su finalidad primordial es, por decirlo así, *reguladora del mercado de transporte*: se trata de evitar que parte de la clientela propia de las empresas de transporte de viajeros sea abastecida mediante vehículos destinados al transporte de mercancías», «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, pp. 1582 a 1584. *Vid.* también las SSTs citadas y comentadas por INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, pp. 185 a 190.

pactada por las partes. Sólo podrán indemnizarse aquellos daños que afecten a los concretos bienes o intereses protegidos o tutelados por el contrato²³⁹.

A RABEL²⁴⁰ corresponde, como recuerda MORALES MORENO, «el mérito de haber desarrollado en el ámbito de la responsabilidad contractual la doctrina del fin de protección del contrato»²⁴¹. Este autor ha analizado cómo el jurista alemán construyó esta doctrina sobre las siguientes afirmaciones: «El contrato indica las obligaciones, señala qué intereses del acreedor han de ser

²³⁹ En este sentido indica OLIVA BLÁZQUEZ, F., que «teniendo en cuenta que la norma que fundamenta la responsabilidad contractual es el contrato (art. 1091 CC), el resarcimiento del daño derivado de un incumplimiento contractual depende de que se haya dañado el bien o interés concreto tutelado por el acuerdo obligacional», «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008...», *op. cit.*, p. 625. En la misma línea SOLER PRESAS, A., indica que «la aplicación del criterio de imputación objetiva del fin de protección de la norma fundamentadora de responsabilidad al ámbito contractual supone considerar el contenido y la función del contrato incumplido a la hora de determinar la extensión del resarcimiento pues, en materia contractual, la norma fundamentadora de la responsabilidad del deudor no es otra sino el propio contrato incumplido», *La Valoración del...*, *op. cit.*, pp. 43 y 44.

²⁴⁰ RABEL, E., *Das Recht des Warenkaufs, Eine rechtsvergleichende Darstellung (Unveränderte Neudruck der Ausgabe von 1936)*, Berlín 1957, pp. 495 y ss.

²⁴¹ Indica MORALES MORENO, A.M., que «Rabel encuentra fundamento para ello, no exclusivamente en argumentos puramente dogmáticos (trasladando al contrato la doctrina del fin de protección de la norma), sino en un sólido estudio histórico y de Derecho Comparado, en el que están presentes la influencia del Derecho francés y del angloamericano. Pero para este autor la teoría que postula la distribución de los daños conforme a la finalidad del crédito no resulta de una consideración aislada del derecho de contratos, sino que responde a una exigencia general del derecho de obligaciones; y tiene un significado fructífero en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Constata cómo esa teoría está presente en el Derecho alemán de daños, en el § 823 II BGB, conforme al cual está obligado a indemnizar daños el que contraviene una norma que tiene por finalidad proteger a otro. El juez, al aplicarlo, debe “indagar, por el contenido de la norma infringida, qué interés queda protegido a través de ella”. Rabel considera que el sentido y finalidad del contrato domina todo el régimen jurídico del incumplimiento: no sólo en lo que se refiere a la determinación de la lesión del derecho de crédito de la que responde el deudor, sino en lo que concierne a la medida en que el deudor responde del incumplimiento...La doctrina del fin de protección del contrato aplica en la responsabilidad contractual una exigencia de concreción del interés protegido, definidor del daño indemnizable, que el BGB utiliza en su sistema de responsabilidad extracontractual (§ 823 BGB). El sistema de responsabilidad extracontractual del BGB, eminentemente típico, se sustenta en la existencia de una norma fundamentadora de la responsabilidad (*Haftungsbegründung*), que identifica el interés protegido y, a través de él, el daño indemnizable. Conforme al § 823 BGB, es indemnizable el daño causado que lesiona un interés de otro sujeto protegido por un derecho absoluto (§ 823 I BGB) o por una norma cuyo fin es protegerlo (§ 823 II BGB). El fin de protección de la norma en la responsabilidad extracontractual se corresponde con el fin de protección del contrato, en la contractual», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, pp. 151 y 152.

satisfechos y explica qué consecuencias, de las producidas por el incumplimiento sobre el patrimonio del acreedor, debe reparar el deudor. El deudor que ha lesionado el interés del acreedor, responde frente a él, no, sin más, por todas las consecuencias imaginables de su conducta contraria al contrato, sino sólo por las pérdidas que se irroguen a los intereses del acreedor protegidos por medio del contrato»²⁴². Esto plantea el siguiente interrogante: ¿cuáles serán los intereses protegidos por el contrato? Ello nos sitúa en la cuestión de los riesgos asumidos por las partes. El deudor responderá de todos los daños que se hayan producido en los riesgos que asumió, y que, por tanto, habían quedado protegidos con la celebración del contrato²⁴³. Así, continúa MORALES MORENO indicando «que la idea fundamental que encierra la doctrina del fin de protección del contrato se puede expresar en clave de atribución de riesgo, preguntándonos “si el deudor tiene que soportar, conforme a la *interpretación* del contrato, el riesgo de ciertos daños”»²⁴⁴. Consecuencia de ello, es que sea el contrato en cada caso concreto, en función de los riesgos asumidos por las partes, el que module cuándo nos encontramos ante un daño que queda bajo su protección y cuándo no.

La imputación de los daños mediante el criterio del fin de protección del contrato (norma fundamentadora), encuentra su aplicación específica en el test

²⁴² La cita es la traducción realizada por MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 94 de RABEL, E., *Das Recht des...*, *op. cit.*, p. 496.

²⁴³ Como indica OLIVA BLÁZQUEZ, F., «siguiendo a CARRASCO PERERA, un daño es consecuencia necesaria de un incumplimiento contractual cuando constituye la realización típica del riesgo creado por la conducta ilícita (falta de cumplimiento) y fijado en función de los intereses del acreedor que ha de salvaguardar el deudor en su actividad de prestación. Por lo tanto, el deudor no tiene por qué responder de aquellos daños que no sean una concreción del riesgo generado al incumplir o, como indica SÁNCHEZ ARISTI, que no deriven de la clase de riesgos cuya neutralización le incumbía conforme al tenor de la obligación», «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008...», *op. cit.*, pp. 625 y 626.

²⁴⁴ MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 94. En la misma línea afirma SOLER PRESAS, A., que «es por tanto la misma naturaleza del vínculo contractual la que flexibiliza el contenido del criterio de imputación, porque son las partes quienes, al distribuir implícita o expresamente los riesgos inherentes a la relación económica que mediante la celebración del contrato en cuestión emprenden o continúan, determinan los daños que han de ser soportados por cada una de ellas», *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 44.

de previsibilidad²⁴⁵. Previsibilidad que tiene como función delimitar el *quantum respondatur* del deudor en atención a la distribución de los riesgos realizados por las partes al contratar. Como afirma SOLER PRESAS, «la regla de la previsibilidad no es más que la traducción jurídica de lo que el legislador entiende por una razonable distribución de los riesgos contractuales que, y salvo que otra cosa se pacte, imputa al deudor no sólo los daños por él previstos, sino todos aquellos que una persona sensata y en su posición pudiera haber considerado»²⁴⁶.

5.7. El criterio de la «adecuación» (*Adäquanztheorie, foresight test*)

Antes de que se llegara a la conclusión diferenciadora entre el problema de la existencia o no de nexo de causalidad (*quaestio facti*), y el de si el resultado dañoso es o no objetivamente imputable a la conducta del demandado (*quaestio iuris*), que resuelven los criterios de imputación objetiva, se formuló el concepto jurídico de la causalidad mediante la teoría de la causalidad adecuada²⁴⁷ con el propósito de superar los inconvenientes que

²⁴⁵ Al respecto señala MORALES MORENO, A.M., que «en cuanto al método para determinar el fin de protección del contrato en cada caso concreto, se advierte en Rabel la influencia del criterio de la previsibilidad del *Common Law*. Considera que hay que indemnizar los daños que estuvieran en la contemplación de las partes al tiempo en el que el contrato fue celebrado. Lo expresa en los siguientes términos: “[E]l vendedor tiene en cuenta en el cálculo del precio un riesgo ligado (conectado) a su eventual incumplimiento. Con ello, en la medida en que no le resultan conocidas particulares circunstancias del comprador, él cuenta con el riesgo que normalmente llevan consigo contratos del mismo tipo al del contrato de que se trate. El comprador puede protegerse contra el riesgo de tener que soportar por sí mismo daños superiores a los normales, poniendo en conocimiento del vendedor las particulares circunstancias, con lo cual éste puede decidir si quiere elevar el precio de venta, en consideración al riesgo de daño incrementado», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, pp. 94 y 95.

²⁴⁶ SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 45.

²⁴⁷ Como señala YZQUIERDO TOLSADA, M., la doctrina de la causalidad adecuada fue «formulada en 1888 por el fisiólogo de Friburgo VON KRIES. Según ella, no todos los acontecimientos que preceden a un daño tienen la misma relevancia, pero tampoco ha de ser siempre el más próximo en el tiempo el que se deba escoger: el daño debe asociarse con el antecedente que *según el curso normal de los acontecimientos*, ha sido su causa directa e inmediata. Del conjunto de hechos antecedentes cabe considerar como causa en sentido jurídico sólo aquellos hechos de los cuales quepa esperar *a priori*, según criterios de razonable

planteaban las teorías de la equivalencia de las condiciones y de la causalidad próxima.

En la actualidad no deben quedar dudas de que la vieja teoría de la causalidad adecuada no es más que otro criterio de imputación objetiva, que no resuelve los problemas relativos a los cursos causales, sino que trata de dar respuesta a la imputación de los daños a un determinado sujeto²⁴⁸.

Este criterio lo describe correctamente INFANTE RUIZ²⁴⁹ afirmando que «no es objetivamente imputable un concreto evento dañoso a la conducta causante del mismo, cuando la producción de dicho evento hubiera sido descartada, como extraordinariamente improbable, por un observador experimentado que, contando además en su caso con los especiales conocimientos del dañante, hubiese considerado la cuestión *ex ante*, en el momento que el dañante se dispuso a realizar la conducta, que desembocó en el evento dañoso de cuya imputación se trata (prognosis objetivo-posterior). El juzgador debe colocarse posteriormente en el punto de vista de un observador objetivo que juzgue *antes* del hecho y disponga de los conocimientos de un hombre inteligente del correspondiente sector del tráfico y además del saber especial del autor»²⁵⁰. Según este criterio, y en sentido positivo, sólo podrán

regularidad, de verosimilitud estadística, la producción de un resultado. Es la regla de la vida y de la experiencia diaria la que determina la idoneidad del antecedente. Y ese juicio, a modo de cálculo de probabilidades, ha de verificarse en abstracto, prescindiendo de lo efectivamente sucedido y atendiendo a lo que usualmente ocurre y al grado de previsión que cualquier hombre razonable podía haber tenido por razón de su profesión o de cualquier otra circunstancia», *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, pp. 191 y 192. *Vid.* también DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de...*, *op. cit.*, pp. 338 a 340.

²⁴⁸ En este sentido, indica INFANTE RUIZ, F.J., que «el “criterio de la adecuación” no dice cuándo una circunstancia es causal respecto de un resultado -como pretendía la “teoría de la causalidad adecuada”- sino que trata de dar respuesta a la pregunta de qué circunstancias son jurídicamente relevantes y le pueden ser imputadas a un agente», *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, pp. 192 y 193.

²⁴⁹ INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 194.

²⁵⁰ Son abundantes las SSTS que emplean la teoría de la causalidad adecuada, si bien, algunos casos continúan tratándola como un problema de causalidad, cuando ya hemos afirmado en varias ocasiones que se trata de un criterio más de imputación objetiva. Ha de valorarse en cada caso si el acto que se presenta como causa de un daño tiene virtualidad suficiente para producirlo (daño como consecuencia natural, adecuada y suficiente de una

acción u omisión, es la expresión que suele usar la jurisprudencia del Alto Tribunal), al objeto de determinar si existe un nexo causal entre la conducta del agente y el resultado lesivo. Con arreglo a la teoría de la causalidad adecuada, para que un hecho merezca ser calificado como causa del daño es preciso que sea en sí mismo idóneo para producirlo según la experiencia común, es decir, que tenga una especial aptitud para producir el efecto lesivo. Así la STS de 6 de octubre de 2005, ponente D. Román García Varela (RJ 2005, 8736) indica que «la STS de 29 de mayo de 1999 (RJ 1999, 4382)», que formula una declaración de carácter general sobre la relación de causalidad y, en definitiva, sobre su prueba, ha declarado que, «para la determinación de la existencia de la relación o enlace preciso y directo entre la acción u omisión –causa– y el daño o perjuicio resultante –efecto–, la doctrina jurisprudencial viene aplicando el principio de la causalidad adecuada, que, dice la STS de 31 de enero de 1992 (RJ 1992, 535)», "exige la determinación de si la conducta del autor del acto, concretamente la conducta generadora del daño, es generalmente apropiada para producir un resultado de la clase dada, de tal manera que si la apreciación es afirmativa, cabe estimar la existencia de un nexo causal que da paso a la exigencia de responsabilidad, así como que la orientación jurisprudencial viene progresiva y reiteradamente decantándose por la aceptación de la teoría de la causalidad adecuada, consecuencia de la expresión de una necesaria conexión entre un antecedente –causa– y una consecuencia –efecto–, también es de apreciar que tales doctrina y orientación jurisprudencial sólo afectan al módulo cuantitativo responsabilizador cuando la causa originaria alcance tal trascendencia que haga inoperante cualquier otra incidencia, así como ésta no sea generante de una causa independiente"; deberá valorarse, en cada caso concreto, si el acto es antecedente del que se presenta como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido, no siendo suficientes las simples conjeturas o la existencia de datos fácticos que por una mera coincidencia induzcan a pensar en una interrelación de esos acontecimientos, sino que es preciso la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que se haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo». En cualquier caso, no siempre aparece tan clara la aplicación del criterio de causalidad adecuada, la STS de 21 de octubre de 2005, ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2005, 8547) señala que «ni la causa adecuada, criterio éste (para unos, filtro de los restantes criterios de imputación; para otros, residual de cierre del sistema, y que, por ende, opera cuando no sea aplicable alguno de los previstos específicamente en la doctrina –riesgo general de la vida, provocación, prohibición de regreso, incremento del riesgo, ámbito de protección de la norma, consentimiento de la víctima y asunción del propio riesgo, y de la confianza–) que descarta la causalidad cuando, como dice la doctrina, “el daño aparece como extraordinariamente improbable para un observador experimentado que contara con los especiales conocimientos del autor y hubiese enjuiciado la cuestión en el momento inmediatamente anterior a la conducta”». A mayor hondura en la aplicación práctica de este criterio de imputación, en el asunto debatido y resuelto por la STS de 17 de mayo de 2007, ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2007, 3542), referente al homicidio de una compañera con el arma facilitada por la empresa de seguridad en la que trabajaba el agresor, se expuso que «aún contemplando el caso a la luz de la doctrina de la causalidad adecuada (que sea de examen previo, o de aplicación en defecto de otra pauta, es también de imputación objetiva), invocada expresamente por la recurrente, no se excluye su responsabilidad -imputabilidad- porque, habida cuenta las circunstancias expuestas, no cabía descartar como extraordinariamente improbable ("ex ante" y por un observador experimentado, suficientemente informado) el resultado producido. Por otra parte, este Tribunal viene declarando (SS., entre otras, 24 mayo 2004 [RJ 2004, 4033], 26 mayo 2005 [RJ 2005, 4262], 9 febrero [RJ 2007, 986] y 1 marzo 2007) que "no cabe considerar como no eficiente la causa que concurriendo con otras condiciona o completa la acción de la causa última", y tal carácter condicionante, en relación con las circunstancias concurrentes, debe atribuirse a la conducta de la entidad demandada que actuó con evidente negligencia, (recientemente la Sentencia de 7 de septiembre de 2006 [RJ 2006, 6521], apreció culpa "in vigilando" de la empresa porque el arma se utilizó fuera del servicio), y por ello también resulta incuestionable la concurrencia del

imputarse al que incumple un contrato aquellos daños que *ex ante* a su producción resultasen probables por un observador experimentado y que hubiera contando con los especiales conocimientos del caso²⁵¹.

En nuestra doctrina es pacífico que el criterio de la adecuación tiene su campo de actuación en «la correcta solución de supuestos de cursos causales completamente irregulares o anormales, que no la encuentran fácilmente mediante los otros criterios de imputación»²⁵². En lo que existen diferencias, es en el momento en el que debe entrar en juego este criterio. Así, para INFANTE RUIZ, es «el primer filtro por el que debe pasar la imputación de un evento dañoso a la conducta del posible responsable. Una vez descartado el carácter anormal o anómalo del curso puesto en marcha por el posible responsable (adecuación), estaremos en condición de proceder al análisis de la imputación del mismo en base al resto de criterios de imputación objetiva»²⁵³. En cambio, SOLER PRESAS le otorga el papel de «mera regla de cierre, útil para resolver conforme al sentido común aquellos casos insolubles mediante la aplicación de los anteriores criterios»²⁵⁴.

Como ejemplo de este criterio de imputación, cita PANTALEÓN PRIETO el famoso *case law Polemis v. Furness Withy & Co. Ltd (Re Polemis)* [1921, 3 K. G. 560 (C.A.9)]²⁵⁵: «Un pequeño escape en los bidones de gasolina contenidos

requisito subjetivo -juicio de reproche de la culpabilidad- el cual, sin embargo, no es objeto de debate en el recurso».

²⁵¹ Al respecto *vid.*, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de...*, *op. cit.*, p. 786 y SALVADOR CODERCH, P., FERNÁNDEZ CRENDE, A., «Causalidad y responsabilidad», ..., *op. cit.*, p. 8.

²⁵² PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, p. 1590. En el mismo sentido INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 193 y SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 43.

²⁵³ INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 193.

²⁵⁴ SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 43.

²⁵⁵ PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, p. 1590. También cita la sentencia INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, pp. 194 y 195, quien coincide con PANTALEÓN en la desafortunada decisión del Tribunal de Apelación puesto que «la imputación objetiva debe negarse, pues si bien la caída de la plancha es casua del daño, hay que entender que un juzgador objetivo, con el conocimiento de los demandados,

en un barco, había producido una considerable cantidad de vapor de gasolina en una de las bodegas. Por negligencia de los operarios contratados por los fletadores para descargar el barco, quienes no conocían ni podían razonablemente [conocer] aquella circunstancia, una pesada plancha de metal se precipitó dentro de la bodega, chocó contra algo, produjo una chispa, una llamarada surgió inmediatamente de la bodega y, finalmente, el fuego destruyó el barco por completo. El Tribunal de Apelación, a mi juicio equivocadamente, mantuvo que los fletadores debían responder de todos los daños causados»²⁵⁶.

6. LA PREVISIBILIDAD DEL DAÑO Y EL DEUDOR ORDINARIO: LA DELIMITACIÓN DEL QUANTUM RESPONDATUR

6.1. Introducción

Del recorrido hasta aquí realizado por los orígenes y adopción del criterio de la previsibilidad en los distintos sistemas normativos, tal vez se hayan podido deducir las soluciones de muchas de las cuestiones que ahora abordaremos en relación a los PECL. Precisamente, ese era el objetivo, bucear en los antecedentes de la regla para, posteriormente, hacer más compresible el artículo 9:503, poniendo de manifiesto sus virtudes y sus posibles defectos.

juzgaría *ex ante* como altamente improbable que se produjera un daño del tipo que se produjo».

²⁵⁶ A continuación indica PANTALEÓN PRIETO que la solución adoptada en *Polemis v. Furness Withy & Co. Ltd (Re Polemis)* fue desautorizada «en el igualmente famoso caso *Overseas Tankship (UK) v. Morts Dock and Engineering Co. (The Wagon Mound)* [1961] A.C. 388 (P.C.) por la Comisión Judicial del Privy Council. A causa de la negligencia de los demandados, una gran cantidad de aceite de las calderas se descargó desde el barco de aquéllos a la bahía, extendiéndose sobre una buena parte de ella. Llegó, en concreto, cerca de un muelle perteneciente a los demandantes, constructores y reparadores de barcos, que estaban ocupados en el arreglo de uno, y utilizaban al efecto equipo de soldadura eléctrico y de oxiacetileno. Los demandantes, creyendo que el agua sobre el aceite no era inflamable, continuaron sus trabajos. Al día siguiente, empero, el metal incandescente que cayó desde el muelle hizo arder el aceite, y el incendio causó muy graves daños en la propiedad de los demandantes. Se absolvió a los demandados, sobre la base de que ni conocieron ni pudieron razonablemente conocer que el aceite de las calderas, extendido sobre el agua, podía prenderse fuego», «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, pp. 1590 y 1591.

En los epígrafes 6 y 7 vamos a desarrollar el sistema, o, mejor dicho, los sistemas, que emplean los PECL para la delimitación del daño indemnizable en función de la conducta del deudor. Esta función la cumple el artículo 9:503, que consta de dos reglas. La primera regula los incumplimientos que hemos denominado ordinarios, en los que en el deudor que incumple no concurre ni intencionalidad ni negligencia grave. La segunda, por el contrario, se refiere a los supuestos en los que el deudor incumple de manera intencional o con negligencia grave. En definitiva, el artículo 9:503 establece dos sistemas de imputación de los daños, excluyendo la indemnización de algunos de ellos en función de la conducta del que incumple.

En el presente epígrafe vamos a analizar la regla general que contiene la parte primera del artículo 9:503, tomando como punto de partida el tenor literal de la versión en inglés: «*The non-performing party is liable only for loss which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of conclusion of the contract as a likely result of its non-performance*»²⁵⁷.

Una adecuada comprensión de la regla anterior plantea las siguientes cuestiones:

1) ¿Cuál es el fundamento de la delimitación del *quantum respondatur* por el test de previsibilidad?

2) ¿Quién es el destinatario de la regla? ¿A qué deudor se le aplicará el límite del test de previsibilidad? La ausencia de una referencia expresa de qué deudor se beneficiará del test de previsibilidad exige extraerla a *sensu* contrario del deudor incumplidor al que se excluye su aplicación, es decir, al que en el incumplimiento «*was intentional or grossly negligent*». También analizaremos si

²⁵⁷ Afirma MORALES MORENO, A.M., respecto del art. 1107 CC -que resulta plenamente predicable del art. 9:503 de los PECL- que «la distinción del art. 1107 entre deudor de buena fe y deudor doloso no tiene otra función que separar dos sistemas diferentes de imputación de los daños en la responsabilidad contractual. La función de este precepto no es establecer los presupuestos subjetivos (culpa o dolo) de la responsabilidad contractual», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, nota al pie núm. 425, p. 157.

ese deudor se corresponde con el que el artículo 1107 CC denomina «*deudor de buena fe*», así como las posibles diferencias que pudieran existir con el régimen establecido en el DCFR. Recuérdese que su artículo III-3:703 describe al deudor al que se le aplica el test de previsibilidad por contraposición al que «*was intentional, reckless or grossly negligent*». De ello se colige, en principio, que los sujetos que no se benefician del criterio de la previsibilidad es más amplio en el DCFR que en los PECL.

3) ¿A qué se refiere la expresión «*loss which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of conclusion of the contract as a likely result of its non-performance*»? ¿Qué es lo que debió prever? ¿Cómo debe interpretarse el término «*reasonably*»? ¿Por qué se toma como punto de referencia de lo que se debió prever o era previsible el momento de la celebración del contrato? ¿Qué significa que lo previsto o previsible fuera «*a likely result of its non-performance*»?

4) ¿Qué efecto tiene el test de previsibilidad sobre el *quantum respondatur*?

A continuación trataremos de responder a estas cuestiones de forma detallada.

6.2. El fundamento de la delimitación del *quantum respondatur* por el test de previsibilidad

Abordamos aquí el estudio del fundamento de la regla de la previsibilidad, así como el papel que juega en dicha regla la autonomía de la voluntad de las partes y su efecto en la distribución y asunción de los riesgos por las mismas.

Debe recordarse, como POTHIER afirmó, que «es necesario, sin embargo, no someter al deudor a indemnizar al acreedor de todas las pérdidas indistintamente que le haya ocasionado el incumplimiento de la obligación, y

menos todavía las ganancias que el acreedor hubiese podido hacer, si el deudor hubiese satisfecho su obligación. En este punto es necesario distinguir diferentes casos y diferentes especies de daños y perjuicios; y aun es necesario, según los diferentes casos que pueden presentarse, poner una cierta moderación en la fijación y estima de aquellos que son debidos. Cuando no se puede reprochar al deudor dolo alguno, y que no es más que por su simple falta el que haya dejado de cumplir su obligación, ya sea porque temerariamente se comprometió a lo que no podía cumplir, ya sea porque él se ha puesto después, por su falta, fuera de estado de cumplir su compromiso; en ese caso el deudor no está obligado más que a los daños y perjuicios que se han podido prever cuando el contrato, que el acreedor podría sufrir de la inejecución de la obligación; pues el deudor se halla reputado como no habiéndose sometido a otros»²⁵⁸. De las anteriores afirmaciones se extrae que el test de previsibilidad es una excepción al principio de reparación integral del daño, sobre la base de que al deudor no doloso no se le pueden exigir aquellos daños que al momento de celebrar el contrato fueran imprevisibles²⁵⁹.

El fundamento de la limitación del test de previsibilidad a los daños previstos o que se hayan podido prever exige centrar la atención en el contrato, y concretamente en los riesgos distribuidos y asumidos mediante la autonomía de la voluntad de las partes al celebrarlo²⁶⁰. Debe partirse de que el criterio de la previsibilidad del artículo 9:503, siguiendo a PANTALEÓN PRIETO, «no es sino la manifestación típica, en el campo de la responsabilidad contractual, del criterio de imputación objetiva del “fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad”, de una vez se acepta que dicha norma

²⁵⁸ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 92.

²⁵⁹ Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 378.

²⁶⁰ Como afirma BIANCA, C.M., «rispetto a questi criteri la prevedibilità del danno offrì il vantaggio di un fondamento razionale rappresentato dal riferimento alla tacita volontà contrattuale. Si ritenne, più precisamente, che l'estensione del danno nei limiti della prevedibilità corresponda all'ambito dei rischi dell'inadempimento che tacitamente il debitore assume a suo carico attraverso l'impegno obbligatorio», *Dell'inadempimento delle obbligazioni: art. 1218-1229*, 2ª edición, Nicola Zanichelli, Bologna, 1979, p. 372.

fundamentadora es *el contrato mismo*, ley entre las partes»²⁶¹. El contrato sirve de instrumento a las partes, que, mediante la autonomía de su voluntad, realizan la distribución de los riesgos²⁶², siendo los asumidos por las partes los que fundamentan la limitación de los daños a los previsibles²⁶³. En este sentido, afirma SOLER PRESAS que «son las partes quienes, al distribuir implícita o expresamente los riesgos inherentes a la relación económica que mediante la celebración del contrato en cuestión emprenden o continúan, determinan los daños que han de ser soportados por cada una de ellas»²⁶⁴, lo que, con acierto, le lleva a concluir, que «la previsibilidad no es más que la traducción jurídica de lo que el legislador entiende por una razonable distribución de los riesgos contractuales que, y salvo que otra cosa se pacte, imputa al deudor no sólo los daños por él previstos, sino todos aquellos que una persona sensata y en su posición pudiera haber considerado»²⁶⁵.

En nuestra mejor doctrina, PANTALEÓN PRIETO justifica la limitación de los daños a los previstos o previsibles atendiendo al cálculo de los costes y beneficios que las partes tienen en consideración al momento de contratar, siendo uno de los costes los riesgos asumidos que tendrían que ser indemnizados en un supuesto hipotético de incumplimiento²⁶⁶.

²⁶¹ PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1026.

²⁶² En este sentido, entre otros: Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 378; LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRIA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil II Derecho de Obligaciones*, 2ª edición. Revisada y puesta al día por Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2000, p. 210; OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008...», *op. cit.*, p. 628; PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 1020 y 1027 y SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, pp. 44 45.

²⁶³ Respecto a la previsibilidad, afirma CARRASCO PERERA, A., «que comporta *asunción del riesgo* por parte del deudor, es decir, de un juicio hipotético sobre la magnitud del riesgo de daños del acreedor que el deudor estaba dispuesto a asumir a la fecha del contrato», *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 1242.

²⁶⁴ SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 44.

²⁶⁵ SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 45.

²⁶⁶ Lo anterior lo explica PANTALEÓN PRIETO, F., señalando que «no tendría buen sentido que el contratante que resulta incumplidor debiera responder de aquellos resultados dañosos que, ni contempló como posibles en el momento de celebrar el contrato, ni una persona

Todos aquellos daños que resulten ser una concreción de los riesgos no asumidos por el deudor quedarán fuera del paraguas de la previsibilidad, no siendo por tanto indemnizables, siempre en el entendimiento de que nos estamos refiriendo a un deudor ordinario, y ello porque, como señala MORALES MORENO, la previsibilidad tiene como función «determinar el bien jurídico protegido»²⁶⁷ por el contrato.

De todo lo anterior, debe concluirse que daño previsible equivale a riesgo asumido. Como afirma CARRASCO PERERA «el alcance de los daños previsibles se determina en función de la causa típica de cada contrato y de los riesgos que se gestionen a través del mismo»²⁶⁸.

razonable, al tiempo de contratar, y contando, en su caso, con los especiales conocimientos de aquél, habría previsto que podrían producirse a consecuencia de tal incumplimiento. No tendría buen sentido, habida cuenta de que: Por una parte, el contratante incumplidor no pudo tener el riesgo de producción de dichos resultados dañosos en cuenta al tiempo de realizar el cálculo de costes-beneficios que le llevó a contratar. Y si lo hubiera contemplado, no habría, por ejemplo, ofrecido vender al precio en que lo hizo, sino que habría exigido un precio superior, en la medida del coste para él de administrar dicho riesgo, previniendo, asegurándolo o soportándolo (autoasegurándolo). Y de haber estimado el comprador que el incremento del precio exigido por el vendedor excedía del coste para él de administrar, previniéndolo, asegurándolo o soportándolo, el riesgo de daños de que se trata, la compraventa se habría celebrado al mismo precio en que se realizó, pero exonerándolo expresamente al vendedor de responsabilidad por los resultados dañosos en cuestión. Y por otro lado, la parte contratante que sufre el incumplimiento tampoco pudo razonablemente contar, al tiempo de realizar el cálculo de costes-beneficios fundamento de su decisión de contratar, con que la otra parte estaba asumiendo el riesgo de acaecimiento de aquéllos resultados dañosos. Y si, por seguir con nuestro ejemplo, el comprador quería que así hubiera sido, siempre pudo proporcionar al vendedor, al tiempo de contratar, la oportuna información, y aceptar el mayor precio que, por asumir el riesgo de daños puesto así de manifiesto, el vendedor le hubiese exigido. Aceptarlo, claro está, una vez constatado por el comprador, en atención al incremento de precio exigido por el vendedor, que éste podía administrar a menor coste, previniéndolo, asegurándolo o soportándolo, el riesgo de acaecimiento de los resultados dañosos en cuestión», «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 1027 y 1028.

²⁶⁷ MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 157.

²⁶⁸ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, *op. cit.*, p. 1243.

6.3. El deudor ordinario

6.3.1. Concepto: delimitación subjetiva de la regla de la previsibilidad en los PECL y el DCFR

Hasta aquí hemos venido denominando con la expresión “deudor ordinario” al que, una vez incumplido el contrato, limita la indemnización a aquellos daños previstos o previsibles. Corresponde ahora delimitar a qué tipo de deudor incumplidor nos estamos refiriendo, o, lo que es lo mismo, determinar el ámbito subjetivo de la regla de la previsibilidad.

Si partimos del tenor literal de la regla general del artículo 9:503, la misma se refiere a «*la parte que incumple*», sin adjetivar a dicho incumplidor, lo que es decir poco, por lo que resulta necesario, para solucionar la cuestión, acudir al deudor incumplidor destinatario de la excepción contenida en la parte final del precepto, para establecer a *sensu contrario* qué incumplidor se integra en la expresión deudor ordinario.

Recuérdese que de la regla de la previsibilidad no se beneficia al que incumple el contrato de forma intencional o deliberada o gravemente negligente, por lo que, en principio, el deudor ordinario sería el que, al incumplir, no ha adoptado una conducta intencional o gravemente negligente.

En nuestra doctrina, los autores que han estudiado la recepción del test de previsibilidad en los PECL, han interpretado la expresión «*intencional o gravemente negligente*» de modos diferentes:

- Por una parte, MARSAL GUILLAMET y LAUROBA LACASA afirman que «el límite se excepciona en caso de incumplimiento doloso o culposo»²⁶⁹. Considero que tal afirmación no es acertada, por tres motivos fundamentales: Primero, el tenor literal alude a una negligencia grave, no a simple culpa.

²⁶⁹ MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 467.

Segundo, aunque nos encontramos ante un sistema de responsabilidad objetiva, posiblemente la mayoría de los incumplimientos resultarán de culpa o negligencia del deudor, por lo que se estaría contemplando como una regla excepcional, lo que en realidad resultaría aplicable en la mayoría de los supuestos de incumplimiento. Tercero, además, resultaría contradictorio con el espíritu de la regla de la previsibilidad de POTHIER extender el alcance de la indemnización al deudor que actuó con mera negligencia.

- En cambio, NAVAS NAVARRO afirma que «se responde de los daños imprevisibles siempre que medie dolo o culpa grave»²⁷⁰. En el mismo sentido, PALAZÓN GARCÍA indica que el test de previsibilidad se excluye cuando «los daños hayan sido causados por incumplimiento doloso o gravemente culposo»²⁷¹. Considero que tales afirmaciones son acertadas desde un punto de vista literal, pero también se les podría objetar que son contrarias a los antecedentes de la regla de la previsibilidad, tanto en el Derecho Común como en los Códigos civiles decimonónicos que la adoptaron. En principio podría afirmarse que la exclusión de los deudores gravemente culposos del test de previsibilidad es una novedad introducida por los PECL, si bien, en las notas de Derecho comparado que acompañan al artículo 9:503, se indica que «en el ordenamiento FRANCÉS, la negligencia grave se considera como “dol”»²⁷². La exclusión del test de previsibilidad en los supuestos de incumplimiento con culpa grave ha sido criticada por SOLER PRESAS, con la que coincidimos cuando afirma, tanto en relación al artículo 9.503 como al III-3:703 del DCFR, que «el mayor error de los citados artículos es que excluyan la aplicación del criterio de delimitación de la previsibilidad-asunción del riesgo en caso de culpa grave, destruyendo así el reparto de riesgos pactado por las partes»²⁷³.

²⁷⁰ NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento de...», *op. cit.*, p. 1236.

²⁷¹ PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho...», *op. cit.*, p. 90. *Vid.*, también SOLER PRESAS, A., «La indemnización por...», *op. cit.*, p. 7.

²⁷² LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 654.

²⁷³ SOLER PRESAS, A., «La indemnización por...», *op. cit.*, p. 7.

- Por último, podría deducirse del análisis que realizan DíEZ-PICAZO *et alii* del artículo 9:503 que la exclusión del test de previsibilidad debe considerarse aplicable exclusivamente al deudor doloso²⁷⁴. Estimo, no siendo ajenos al tenor literal del precepto, que lo correcto hubiera sido que los PECL hubieran limitado la exclusión del test de previsibilidad al deudor que de forma intencionada o voluntaria incumple el contrato. Tal vez pueda argumentarse a favor de la inclusión del incumplidor “gravemente negligente” que los PECL se han apoyado en la expresión, ya superada en la mayoría de los Ordenamientos jurídicos, de “*culpa lata dolo aequiparatur*”. Si es así, no hubiera estado de más que en su Comentario se hubiera explicado tal inclusión.

Considero que en la recepción del test de previsibilidad por parte del artículo 9:503, la cuestión que mayores dificultades plantea es precisamente la anterior, la delimitación de su ámbito subjetivo. Cuestión a la que no podemos encontrar solución en los textos uniformes precedentes, al no establecerse en ellos un distinto alcance de los daños indemnizables en función de la conducta del deudor.

La cuestión que analizamos, lejos de solucionarse en el DCFR, parece complicarse aún más. En su artículo III-3:703, intitulado «*Foreseeability*», se establece que «*the debtor in an obligation which arises from a contract or other juridical act is liable only for loss which the debtor foresaw or could reasonably be expected to have foreseen at the time when the obligation was incurred as a*

²⁷⁴ La anterior afirmación se colige de que DíEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., señalan que «el CC francés, y con él nuestro CC, no fijan el límite de la previsibilidad para la indemnización de los daños causados por el deudor doloso. Recordemos el párrafo 2º. del art. 1.107 del CC: “En caso de dolo responderá el deudor de todos los [daños] que conocidamente se deriven de su falta de cumplimiento de la obligación”. Lo cual, en el fondo, no es más que acoger el principio de indemnización integral con todo su rigor. Esta regla, de escasa aplicación práctica en nuestro ordenamiento, había sido superada por la CISG (art. 74) y por los Principios UNIDROIT (art. 7.4.4.). En el Comentario de éstos se resalta que los mismos no han seguido el criterio de algunos ordenamientos, de obligar al deudor a indemnizar daños no previsibles. Pero los PECL han sido en este punto respetuosos con la tradición francesa, de discutible utilidad, ya que el *Common Law* no tiene establecida esta excepción», *op. cit.*, p. 378. La misma deducción podría predicarse de SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., al señalar que «la distinción entre el incumplimiento del deudor doloso y no doloso contenida en nuestro Código Civil, en el art. 1107 I y II constituye el criterio seguido por el art. 1208 PMCC. En este sentido, la PMCC se suma a las propuestas europeas contenidas en el art. 9:503 PECL», «La moderna regulación de la indemnización...», *op. cit.*, p. 468.

likely result of the non-performance, unless the non-performance was intentional, reckless or grossly negligent». Dicho precepto hace responsable al deudor exclusivamente, tanto de las obligaciones derivadas del contrato como de cualquier otro acto jurídico, de los daños que previó, o podría razonablemente haber previsto en el momento en que contrajo la obligación como resultado o consecuencia probable del incumplimiento, salvo que el incumplimiento fuera intencionado, imprudente o gravemente negligente.

La regla de la previsibilidad del DCFR se encuentra claramente influenciada por los PECL, no obstante observarse dos diferencias que deben ser destacadas. La primera, relativa al ámbito de las relaciones jurídicas a las que le resulta aplicable, que, no obstante desviarse de lo que es objeto de estudio en este epígrafe, vamos a analizar; y la segunda, en referencia al ámbito subjetivo de la regla de la previsibilidad.

Regula conjuntamente el alcance de los daños tanto para los derivados del incumplimiento del contrato como de otro acto jurídico *-other juridical act-*. La referencia a otros actos jurídicos ha suscitado interpretaciones diferentes en nuestra doctrina. Por su parte, SOLER PRESAS, que se inclina por identificarla con la responsabilidad que surge del ilícito civil, señala que «la regulación conjunta de la pretensión indemnizatoria tanto por los daños extracontractuales como contractuales implica un serio riesgo de difuminar los perfiles propios de esta última, básicamente por desconocer el papel esencial que en la delimitación de la indemnización por daños contractuales juega el criterio de la *contemplation of the parties rule*... sólo resta confiar en una pronta rectificación del artículo 3:703 DCFR que distinga los daños típicamente contractuales (pérdida del beneficio que el cumplimiento del contrato habría de reportar al acreedor) de los que, pudiéndose derivar de un incumplimiento contractual, encajan mejor en la lógica extracontractual (*Mangelfolgeschäden*); para delimitar específicamente el resarcimiento de los primeros atendiendo a la distribución de los riesgos pactada (previsibilidad-asunción del riesgo), a menos que el incumplimiento sea oportunista, en cuyo caso, igual que en el de los daños que excedan de la órbita propiamente contractual, la delimitación del resarcimiento debe operarse conforme a los criterios generales de imputación

de daños»²⁷⁵. En cambio, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, al plantearse qué significado tiene la regulación conjunta de las obligaciones contractuales con la de otros actos jurídicos, afirma que el artículo 3:703 DCFR «clarifica que las obligaciones ya sean de naturaleza contractual o aquellas otras que deriven de otro acto jurídico -como por ejemplo, sucede en España, tras la LOE, el acto de entrega de la recepción de la obra marca la fecha legal del inicio del cómputo del plazo de garantía-, no indica que puedan de manera confusa dar a pensar que también estarían incluidas las obligaciones de naturaleza extracontractual como algún autor sostiene en nuestra doctrina»²⁷⁶.

Considero que la referencia a otros actos jurídicos no incluye los supuestos de responsabilidad extracontractual, por lo que coincidimos con la última autora citada. Para ello nos apoyamos en los siguientes argumentos:

- El artículo II-1:101 define “acto jurídico”, como cualquier declaración o acuerdo, sea explícito o quede implícito en la conducta, que tenga por objeto producir efectos jurídicos, pudiendo ser unilateral, bilateral o multilateral. En su Comentario se contempla un concepto amplio de acto jurídico, abarcando la oferta, la aceptación, la oferta pública o la promesa unilateral que pretendan tener un carácter vinculante sin necesidad de que medie una aceptación; los otorgamientos unilaterales de poder para actuar como representante, las autorizaciones o permisos unilaterales, los actos unilaterales de ratificación, aceptación o aprobación, las decisiones unilaterales de rescisión, revocación, anulación o resolución y los actos unilaterales de concesión, cesión o renuncia a un derecho. La diferencia entre la “promesa” unilateral, que pretende ser vinculante sin necesidad de aceptación, y el “compromiso” unilateral, que pretende ser vinculante sin necesidad de aceptación, es irrelevante. Ambos crean una obligación que, con frecuencia, es condicionada, por lo que la diferencia es puramente terminológica. En determinados contextos, el término “prometer” suena más natural, por ejemplo, cuando una persona promete pagar

²⁷⁵ SOLER PRESAS, A., «La indemnización por...», *op. cit.*, nota al pie núm. 5, p. 6 y 8.

²⁷⁶ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «La moderna regulación de la indemnización...», *op. cit.*, p. 469.

una recompensa, mientras que en otros, la palabra “compromiso” (en el sentido de asumir una obligación) será más adecuada, como cuando se asume una garantía. Las promesas y los compromisos unilaterales pueden integrarse en un contrato si así lo acepta la persona a la que están dirigidas. Numerosos aspectos de los actos jurídicos deben estar regulados por ley²⁷⁷.

- El Comentario del artículo 3:703 DCFR, en referencia a su ámbito de aplicación, señala que «this Article applies only to obligations voluntarily incurred by de contract or other juridical act. In such cases the debtor at the time of incurring the obligation has an opportunity to restrict liability in relation to foreseeable losses but not it relation to unforeseeable losses. This consideration does not apply to obligations which arise by operation of law...Where the Article does not apply, the normal rules on causation will determine the extent of the debtor`s liability»²⁷⁸. En el Comentario expresamente se hace referencia a obligaciones asumidas voluntariamente, por lo que difícilmente pueden encajar en ellas las derivadas de un ilícito civil. Además, excluye expresamente la aplicación del artículo a las obligaciones que nazcan por ministerio de la ley. Por último, abre la posibilidad de que a los supuestos en los que no se aplica el precepto, se determine el alcance de la

²⁷⁷ Sobre el empleo de la expresión “acto jurídico” en el Derecho comparado, se indica en el Comentario del art. II-1:101 que: «el término “acto jurídico” no se emplea en todos los sistemas jurídicos. Por ejemplo, los Principios de derecho contractual europeo se refieren a “declaraciones y demás conductas que suponen una intención”. (Ver el Artículo 1:107 de los Principios de derecho contractual europeo de aplicación a este tipo de declaraciones y a las conductas “con las modificaciones oportunas”.) En este contexto, la referencia a “intención” alude a la intención de producir un efecto jurídico determinado, pero consideramos importante dejarlo claro. El apartado (2) del Artículo 14 del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma, 1980), que en su versión española habla simplemente de “actos jurídicos”, en su versión inglesa se refiere a “a contract or other act intended to have legal effect”, es decir, literalmente, “un contrato o cualquier otro acto que pretenda producir efectos jurídicos”, lo cual se corresponde esencialmente con la definición empleada en el documento que nos ocupa. El empleo del adjetivo “jurídico” resulta útil para diferenciar este tipo de actos de otros de una naturaleza meramente física o no significativa desde el punto de vista jurídico. En cambio, resulta desaconsejable utilizar el adjetivo “legal” puesto que presenta el inconveniente de que puede sugerir una oposición con “ilegal”».

²⁷⁸ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, edited by Christian Von Bar y Eric Clive, Volume I, Oxford, University Press, 2010, p. 929.

responsabilidad mediante *the normal rules on causation*, lo que se refiere a los criterios de imputación objetiva.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que a los supuestos de responsabilidad extracontractual no les resulta aplicable el test de previsibilidad, siendo determinado el alcance de su responsabilidad mediante los ya estudiados criterios de imputación objetiva.

- Por lo que respecta al ámbito subjetivo del test de previsibilidad, la diferencia se encuentra en que, mientras los PECL excluyen la aplicación del límite de los daños previstos en los supuestos de incumplimientos «*intentional or grossly negligent*», en cambio el DCFR, al excluirlo cuando el deudor incumplidor «*was intentional, reckless or grossly negligent*», lo está ampliando también para los supuestos de incumplimientos imprudentes²⁷⁹. En el DCFR, al igual que en los PECL, los deudores beneficiados con el test de previsibilidad se tienen que deducir, a *sensu contrario*, de aquellos a los que no se les aplica dicha limitación; por lo que la regla de la previsibilidad en el DCFR se enunciaría de la siguiente forma: el deudor que incumple sin la concurrencia de intencionalidad, imprudencia o negligencia grave responderá únicamente de los daños que previó, o cabe razonablemente esperar que hubiera previsto, en el momento en que contrajo la obligación como consecuencia probable de su incumplimiento. Si la redacción del DCFR no se modifica en el futuro, la situación en la que se colocaría al deudor sería más estricta que en los PECL, y mucho más que en los Códigos civiles que han adoptado la regla de la previsibilidad; recuérdese que en éstos sólo se excluye en los supuestos de dolo, quedando circunscrita a los supuestos de incumplimiento por riesgo y a los simplemente negligentes.

Si la extensión que realizan los PECL a los incumplimientos gravemente negligentes resulta difícilmente justificable, la realizada por el DCFR -también a los imprudentes- me parece desproporcionada por excesiva y carente de

²⁷⁹ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «La moderna regulación de la indemnización...», *op. cit.*, p. 468.

cualquier clase de lógica y coherencia con el espíritu y los antecedentes de la regla. En el Comentario al artículo III-3:307, una vez que excluye la aplicación del test de previsibilidad en los tres supuestos indicados, se justifica tal exclusión al considerar que en tales supuestos parece más razonable atribuir el riesgo de las pérdidas imprevisibles al deudor²⁸⁰. Después de justificar su propuesta define por “imprudencia” -cuando el deudor es consciente del riesgo obvio e importante que supone proceder de cierta manera pero no obstante actúa voluntariamente sin importarle si el riesgo se materializa o no-²⁸¹ y por “negligencia grave” -cuando el deudor no actúa con la diligencia que evidentemente se requiere en determinadas circunstancias-. No entendemos dónde se encontraría la diferencia entre los supuestos de simple negligencia y de negligencia grave. Tal vez, en la definición que realiza de la negligencia grave, debería haberse incluido que el deudor no actúe con un estándar mínimo de diligencia²⁸².

6.3.2. Antecedentes normativos

a) Introducción: la necesidad de indagar en los precedentes normativos

Debe advertirse que la elaboración de los PECL y posteriormente del DCFR constituyen un momento histórico en el proceso no sólo de unificación del Derecho de los contratos a nivel europeo, sino también de su

²⁸⁰ «it seems more reasonable to place the risk of a non-foreseeable loss on the debtor rather than on the innocent creditor», STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and...*, op. cit., p. 929.

²⁸¹ «if the person knows of an obvious and serious risk of proceeding in a certain way but nonetheless voluntarily proceeds to act without caring whether or not the risk materialises», STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and...*, op. cit., p. 929.

²⁸² «if a person is guilty of a profound failure to take such care as is self-evidently required in the circumstances», STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and...*, op. cit., p. 929.

modernización, por lo que sin desear justificarnos en los anclajes tradicionales sobre cómo se formuló la regla de la previsibilidad, sí considero necesario acudir a los motivos que propiciaron la elaboración de dicha regla, a su espíritu, para aclarar si el afán modernizador, con la exclusión de la aplicación del test de previsibilidad al deudor incumplidor imprudente o gravemente negligente, encuentra alguna justificación en la actualidad, o si, por el contrario, se aparta de los razonamientos que llevaron a su elaboración, lo que exigiría una interpretación de la redacción otorgada a la previsibilidad por los artículos. 9:503 PECL y III-3:703 a la luz de los postulados de POTHIER y de los Códigos civiles que la adoptaron, acudiendo principalmente a la forma en que nuestra doctrina y jurisprudencia han interpretado, en palabras de CRISTÓBAL MONTES, «el enigmático art. 1107 CC»²⁸³.

Si tomamos como punto de partida la regla de la previsibilidad formulada por POTHIER, dicho autor excluía su aplicación en los supuestos en los que el deudor incumplía el contrato de forma dolosa, afirmando que sólo se podría favorecer de la limitación de la indemnización a los daños previstos o previsibles, el que incumplía el contrato «por una simple falta el que haya dejado de cumplir su obligación, ya sea porque temerariamente se comprometió a lo que no podía cumplir, ya sea porque él se ha puesto después, por su falta, fuera de estado de cumplir su compromiso»²⁸⁴. Cuando se cuestiona el alcance de la responsabilidad en los casos de incumplimiento doloso, se centra exclusivamente en un supuesto típico de una obligación de dar, concretamente en la venta de una vaca con una enfermedad contagiosa. Construye la extensión de la responsabilidad sobre la base de los vicios de la cosa vendida, sin realizar ninguna referencia a otras formas de incumplimiento que también merecen la calificación de dolosas²⁸⁵.

²⁸³ Expresión con la que titula su artículo, ya citado, «El enigmático artículo 1.107 del Código Civil Español».

²⁸⁴ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 92. De tales afirmaciones afirma MORALES MORENO, A.M., que «se construye desde la voluntad (expresa o implícita) de los contratantes o, al menos, del contratante deudor. Nada tiene que ver con una norma dispositiva que pudiera imponer al deudor indemnizar los daños previstos o previsibles para él en el momento de contratar», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 114.

Sin negar el mérito de POTHIER, considero necesario extender el campo de los tipos de incumplimientos a los que sería o no aplicable el criterio de la previsibilidad. Para él sólo es aplicable en los supuestos de «una simple falta», lo que ciertamente es decir poco, aunque con posterioridad, al decir que la misma derive de que «temerariamente se comprometió a lo que no podía cumplir», podría parecer que evoca los supuestos de imprudencia o incluso negligencia, por aquello de la temeridad. Para excluirlo hace referencia a los incumplimientos dolosos, pero sin concretar qué incumplimientos merecen tal calificación, o mejor dicho, haciendo referencia a la entrega de lo vendido a sabiendas de sus defectos. De lo anterior cabría preguntarse dónde encajarían los supuestos de negligencia grave, de incumplimiento voluntario y consciente, o de incumplimiento con *animus nocendi*.

b) La equiparación entre culpa lata y dolo

En el Código civil francés, como ya analizamos, son los artículos 1150 y 1151 los que establecen el diferente tratamiento del deudor, diferenciando el alcance de la responsabilidad en función de que el deudor pueda ser calificado como doloso o no. Por ello, en principio, se beneficiaría del criterio de la previsibilidad todo deudor que no sea doloso. No obstante lo anterior, debe advertirse, y aquí es donde considero que se han apoyado los PECL para excluir la previsibilidad en los supuestos de negligencia grave en su artículo 9:503²⁸⁶, que se ha consolidado en la interpretación del artículo 1150, la equiparación entre el dolo y la culpa lata (*culpa lata dolo aequiparatur*)²⁸⁷.

²⁸⁵ La circunscripción que realiza POTHIER de los incumplimientos dolosos a aquellos en los que existen vicios en las cosas entregadas que hayan sido disimuladas por el vendedor, ha sido criticada por MORALES MORENO, A.M., afirmando que «no es hoy el único posible», *Incumplimiento del contrato...*, op. cit., p. 175.

²⁸⁶ Parece delatarse el propio Comentario al art. 9:503 al indicar que «en el ordenamiento FRANCÉS, la negligencia grave se considera como “dolo”», LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, op. cit., p. 654.

Por lo que respecta al Código civil italiano, son los artículos 1123 y 1125 los que regulan la extensión de la responsabilidad. De modo especular al *Code*, el artículo 1125 contempla al deudor ordinario por contraposición al doloso. En la doctrina italiana, en un principio, se sostuvo la equiparación entre el dolo y la culpa grave; así DE CUPIS señaló que «debe tenerse en cuenta una diferencia entre culpa grave y culpa leve, a efectos del daño a resarcir, se puede deducir del principio *culpa lata dolo aequiparatur*. Para ello se argumenta: Frente a la regla normal contenida en el artículo 1.223 aplicando al resarcimiento del daño la limitación fundada en el nexo de causalidad inmediata y directa, la limitación subsiguiente introducida por el artículo 1.225, fundada en el criterio de la previsibilidad, constituye una derogación, susceptible de una aplicación más amplia en tanto lo permitan los principios del ordenamiento jurídico; la derogación, por la que el daño determinado por el art. 1.223 se restringe dentro de los límites de la previsibilidad, se aplica al daño causado por culpa leve (ordinaria); pero en lo que se refiere a la culpa grave, está sometida a la equiparación tradicional al dolo y, por tanto, el daño ocasional debe ser resarcido aunque sea imprevisible»²⁸⁸. No obstante lo anterior, es la tesis opuesta la que se ha consagrado en la jurisprudencia²⁸⁹ y la que goza de mayores adeptos en la doctrina italiana. Así BIANCA, tras afirmar que «la fattispecie dolosa si prospetta quindi nel concorso 1) della volontarietà dell'inadempimento, intesa più propriamente come libera determinazione del soggetto al comportamento lesivo del credito; 2) della consapevolezza di violare il rapporto obbligatorio; 3) della consapevolezza di arrecare un danno ingiusto»²⁹⁰, concluye que es el último elemento, es decir, la consciencia de

²⁸⁷ En relación a dicha equiparación *vid.* CHARTIER, Y., *La réparation du préjudice*, Dalloz, París, 1983, pp. 103 y ss.

²⁸⁸ DE CUPIS, A., *El Daño. Teoría...*, *op. cit.*, nota al pie núm. 142, pp. 307 y 308, también en «Sulla determinazione del risarcimento nell'ipotesi di colpa grave del debitore», *Foro italiano*, I, 1957, pp. 389 y ss.

²⁸⁹ Sentencia del Tribunal de Casación italiano de 10 de diciembre de 1956.

²⁹⁰ BIANCA, C.M., *Dell'inadempimento...*, *op. cit.*, p. 375.

estar causando un daño, el que justifica que «la proposizione che respinge l'equiparazione di colpa grave e dolo ai fini dell'applicazione della norma»²⁹¹.

c) El deudor de “buena fe” del artículo 1107 CC

En nuestro Derecho, ya hemos explicado que la inclusión de la expresión “deudor de buena fe”, en relación al deudor que se beneficia de la limitación del alcance de la indemnización en función de que los daños sean previstos o previsibles, se produjo por influencia del Anteproyecto de LAURENT, no con la intención de modificar el sentido del artículo 1150 del *Code*, sino con el propósito de formular de manera positiva la ausencia del dolo.

Nuestra doctrina ha realizado un considerable esfuerzo -que posiblemente se hubiera ahorrado si nuestro CC hubiera empleado, de forma especular a la franco-italiana, la expresión negativa del no dolo-, en orden a la clarificación del significado de la expresión “deudor de buena fe”.

Las distintas posiciones relativas a qué debe entenderse por deudor de buena fe son las siguientes:

- Un sector sostiene, sobre la base de que los factores de atribución subjetivos de la responsabilidad son la culpa y el dolo, que si el párrafo segundo del artículo 1107 se refiere al deudor doloso, el primero lo hace al que incumple con culpa. Por tanto identifica deudor de buena fe exclusivamente con el deudor culposo²⁹².

²⁹¹ BIANCA, C.M., *Dell'inadempimento...*, op. cit., p. 377. Con anterioridad, ya había rechazado la expresión *culpa lata dolo aequiparatur* CIAN, G, en atención a los diferentes elementos que concurren en su configuración, «Lata culpa dolo aequiparatur», *Rivista di Diritto Civile*, 1963, pp. 155 y ss.

²⁹² En este sentido, entre otros: CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, 14 edición, Tomo III, (revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero), Reus, Madrid, 1986, p. 241; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L., *El principio de buena fe*, Barcelona, 1965, p. 197 y recientemente CRISTÓBAL MONTES, A., «El enigmático artículo 1.107...», op. cit., pp. 554 y 555.

- Frente a la anterior configuración del deudor de buena fe se ha posicionado DÍEZ-PICAZO, sosteniendo que «el art. 1107 introduce una solución que no se concilia bien con un sistema de responsabilidad del deudor, del que se dice que está fundado exclusivamente sobre la culpa. Puede pensarse, y efectivamente así lo ha pensado una parte de la doctrina, que lo que el art. 1107 llama “deudor de buena fe” es simplemente un deudor que no actúa movido por el dolo. Por ello, si el sistema de responsabilidad se funda en la culpa, no existe otra solución que equiparar al deudor de buena fe con un deudor que no es doloso, pero que es culpable por negligencia. Una conclusión semejante resulta paradójica y un tanto extraña, porque no se comprende bien que un deudor que por hipótesis tiene que ser culpable, pueda ser calificado como un deudor de buena fe, ya que éste tiene que ser, en virtud del contenido ético que impregna la idea de buena fe, alguien que ha ajustado su conducta a los cánones o a los criterios éticos; por tanto, alguien que se ha comportado de un modo correcto, honesto y diligente. Se puede decir que la buena fe del art. 1107 no es un criterio para liberar de responsabilidad al deudor, sino únicamente para limitar el alcance de la responsabilidad o el deber de resarcimiento de los daños»²⁹³. DÍEZ-PICAZO llega a la conclusión que el deudor de buena fe es aquel que responde de los daños derivados de los riesgos que asumió al contratar, lo que fundamenta afirmando que «el daño a cuyo resarcimiento queda sometido el deudor de buena fe, es aquel que ha podido ser previsto “al tiempo de constituirse la obligación”. Hay, pues, un punto de referencia de la previsibilidad de los daños, que no es el momento en que la conducta omisiva o negligente del deudor puede contribuir de manera más o menos directa a ocasionarlo, sino el momento de constituirse la obligación. Si esto quiere decir algo, significa que en el momento de la constitución de la obligación hay ya una previsión de un posible y eventual daño, y, por ello, de un conjunto de riesgos, que, por virtud del contrato y de su interna economía, quedan distribuidos entre las partes»²⁹⁴. La anterior propuesta ha sido criticada

²⁹³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho...*, op. cit., p. 724.

²⁹⁴ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho...*, op. cit., p. 726. En el mismo sentido pero de manera menos contundente se manifiesta PUIG BRUTAU, J.,

por CRISTÓBAL MONTES²⁹⁵ y por YZQUIERDO TOLSADA. Éste último afirma «que la expresión “buena fe” fue tomada en el Anteproyecto 1882-1888 directamente del entonces reciente Anteproyecto belga de LAURENT. Pero también es cierto que si se sigue hacia atrás el itinerario del art. 1107 C. Civ., y no nos detenemos -como quiere DÍEZ-PICAZO- en LAURENT ni en GARCÍA GOYENA, se llega a la conclusión de que el primer párrafo del artículo no atribuye la responsabilidad *sólo* por los daños intrínsecos (es decir, el valor mismo de la prestación) y *sólo* al deudor que incumple, no obstante su diligencia»²⁹⁶.

- En la actualidad, la doctrina mayoritaria²⁹⁷ viene a considerar que el deudor al que se refiere el párrafo 1º del artículo 1107 CC es el no doloso, lo que incluye no sólo al deudor que incumple por negligencia o culpa²⁹⁸, sino también al que venga obligado a indemnizar en los supuestos de caso fortuito, ya sea porque lo haya asumido convencionalmente, o porque así lo disponga

Fundamentos de Derecho Civil, tomo II, volumen I, 3ª edición, Bosch, Barcelona, 1988, pp. 690 y 691.

²⁹⁵ CRISTÓBAL MONTES, A., indicando que «a la vista de los antecedentes, antes señalados, del artículo 1.107 del Código civil resulta muy difícil suscribir la tesis de Díez-Picazo. Como es sabido, Laurent, a la hora de redactar su Anteproyecto de Código civil belga, cambió la fórmula del artículo 1150 del *Code*, comenzando el precepto con las palabras “si el deudor es de buena fe”; ahora bien, de sus comentarios y explicaciones en relación a esta norma se desprende con inobjetable claridad que deseaba conservar la sustancia del prototipo francés que tenía a la vista y que para él el deudor de buena fe era, precisamente el deudor no doloso. Tan sólo quería y desde el punto de vista dogmático esa apetencia es digna de aplauso, que en lugar de la formulación negativa de la ausencia de dolo que hacia el Código Napoleón se emplease otra positiva que él creyó encontrar en la buena fe, pero sin que ello supusiera salirse del estricto marco de un deudor que no ha incurrido en dolo», «El enigmático artículo 1.107...», *op. cit.*, p. 562.

²⁹⁶ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 246.

²⁹⁷ BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, pp. 711 y ss.; CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 724; GIL RODRÍGUEZ, J., «Responsabilidad por...», *op. cit.*, p. 309; LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRIA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil II Derecho de Obligaciones*, 2ª edición. Revisada y puesta al día por Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2000, p. 210; OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008...», *op. cit.*, p. 624; PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 1025 y 1026; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 247.

²⁹⁸ *Vid.*, SSTS de 20 de junio de 1989, ponente D. Ramón López Vilas (RJ 1989, 4702) y de 24 de noviembre de 1995, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 6362/1997).

una ley. Respecto a esta identificación entre el deudor de buena fe y el no doloso, afirma BADOSA COLL que «el que la “buena fe” del art. 1107,1 coincida con lo que el Código civil francés y Proyecto de 1851, constituía la norma general, nos indica la latitud con que hay que interpretar esta expresión. En efecto, el art. 1107,1 no puede concebirse como un complemento o continuación del art. 1101. Su función es independiente y su ámbito de aplicación más extenso. El art. 1101 se ocupa de los fundamentos “normales” de la obligación de indemnizar del deudor dejando fuera los excepcionales, ya sean pactados o legales (asunción o imposición del caso fortuito, art. 1105 o evicción con buena fe, art. 1478, 5.º pr.). El art. 1107 tiene como misión determinar la extensión de la obligación de indemnizar y, en consecuencia, ha de estar redactado de modo que en él encuentren acomodo todos los posibles fundamentos de responsabilidad, sean normales o excepcionales. De ahí, que su criterio de clasificación deba ser más simplificado, constituido sólo por dos apartados según que en el fundamento de responsabilidad haya estado presente o ausente el dolo. La “buena fe” describe esta ausencia de dolo en el hecho determinante del daño indemnizable, con lo que abarca no sólo la culpa-negligencia, sino también el caso fortuito del que se responde excepcionalmente, el art. 1478, 5.º pr. Y cualquier otro supuesto que no pueda reconducirse al dolo, independientemente de que sea o no imputable al deudor»²⁹⁹. La postura de BADOSA COLL ha sido criticada por CRISTÓBAL MONTES, quien afirma que «si, como considera Badosa, la buena fe debe abarcar no sólo la culpa-negligencia, sino también el caso fortuito cuando se responda de él, llegaríamos a la extraña y paradójica situación siguiente: Mientras que, en principio, “nadie responde de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables” (*casus fortuitus*, art. 1.105 del Código civil), si se entiende que la buena fe del artículo 1.107 puede abarcar también el evento fortuito resultaría que la caracterización de la misma en torno a los “daños previstos o que se hayan podido prever” no habría forma de encajarla con aquella otra que la ley establece para el caso fortuito y, sin embargo, al menos excepcionalmente, debería quedar subsumida en

²⁹⁹ BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa...*, op. cit., pp. 713 y 714.

ella».³⁰⁰ No coincidimos con la crítica anterior, puesto que es posible, como afirma NAVAS NAVARRO, que «desde el momento en que la ley o las partes acuerdan la responsabilidad también por caso fortuito, se trate de daños previsibles -dentro de su imprevisibilidad-: se prevé lo imprevisible».³⁰¹ Además, la previsibilidad de los artículos 1105 y 1107 no se refiere a lo mismo. Una cosa será la previsibilidad del hecho que origine el daño -a la que alude el 1105-, y otra, bien distinta, será la relativa a la previsibilidad del tipo de daño o su cuantía -que es a la que se refiere el artículo 1107-³⁰².

Con posterioridad a BADOSA COLL, se han esgrimido certeramente desde nuestro punto de vista por PANTALEÓN PRIETO, los siguientes argumentos a favor de la equiparación entre deudor de buena fe y deudor no doloso:

- El primero operaría por exclusión: «si se acepta la hipótesis de que la expresión “deudor de buena fe” no incluye al deudor negligente, ¿dónde estaría regulando nuestro Código Civil la extensión de la obligación de indemnizar del deudor negligente? ¿Qué norma debería aplicarse analógicamente para cubrir la pretendida laguna: una de tenor tan disparatado como la del párrafo segundo del artículo 1107 CC, chocando además frontalmente con toda la tradición de los Derechos latinos en la materia, o el párrafo primero de dicho artículo, con lo que se acabaría incluyendo por analogía en el ámbito de aplicación del artículo 1107.¿ lo que la hipótesis de partida trataba de excluir?»³⁰³.

- El segundo, que considero decisivo en la solución de la cuestión, atiende a los antecedentes de la regla: «en nuestra codificación civil, la expresión “deudor de buena fe” aparece por primera vez en el artículo 1124.I del Anteproyecto de 1882-1888, tomada, con seguridad, del artículo 1151 del

³⁰⁰ CRISTÓBAL MONTES, A., «El enigmático artículo 1.107...», *op. cit.*, p. 564. En la misma línea se ha pronunciado YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 247.

³⁰¹ NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento de...», *op. cit.*, p. 1256.

³⁰² En el mismo sentido NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento de...», *op. cit.*, p. 1257.

³⁰³ PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1025.

Anteproyecto de revisión Código Civil belga de Laurent: *Quand le débiteur est de bonne foi, il n'est tenu que des dommages et intérêts dont la cause a été prévue ou qu'on a pu prévoir lors du contrat*. El modelo que dicho jurista utilizó al efecto fue, evidentemente, el artículo 1150 CC francés: *“Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêt qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contract, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est pas exécutée”*. Pues bien, el propio Laurent explicó la sustitución de la frase final de este precepto por las palabras “cuando el deudor sea de buena fe” como un simple cambio de redacción. Lo que se confirma, trayendo a colación otros pasajes del mismo jurista, relativos al Código de Napoleón: “El artículo 1147 -escribió- añade que el deudor es condenado a indemnizar daños y perjuicios, cuando el incumplimiento le es imputable, aunque no haya mala fe por su parte. *También cuando sea de buena fe, será responsable, si está en mora o tiene culpa*. Este rigor choca a las personas ajenas a la ciencia del Derecho. Pero difícilmente puede hablarse aquí de rigor sino de aplicación de los principios que rigen la culpa y la mora, que también implica culpa. El deudor no promete sólo su buena fe, responde más allá del dolo”. Y añadía un poco más adelante: “El artículo 1150 dice [...] Esta regla procede de Pothier. Supone que el deudor ha incumplido su obligación por simple culpa, sin que pueda reprochársele dolo alguno. *En ese sentido se dice que el deudor es de buena fe; lo que no excluye la culpa*, como hemos dicho más arriba”³⁰⁴.

El consenso actual de la doctrina, salvo la notable excepción del profesor DíEZ-PICAZO, en relación a la identificación deudor de buena fe-no doloso, encuentra su último apoyo en el artículo 1208 de la PMCC, cuyo tenor literal dispone que *«el deudor responde de los daños y perjuicios que sean objetivamente imputables a su incumplimiento; pero si éste no hubiera sido doloso, sólo responderá de los daños que se hubiesen previsto o podido prever razonablemente como consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato»*. Ello supone la supresión de la expresión “deudor de buena fe”, por lo que el deudor que se beneficia de la limitación de los daños a los previstos o previsibles debe entenderse, a *sensu*

³⁰⁴ PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 1025 y 1026.

contrario, referida al deudor no doloso³⁰⁵. Por tanto, la Comisión General de Codificación introduce en el tenor del precepto el sentir mayoritario de la doctrina.

6.3.3. Conclusión: el deudor no doloso como beneficiario de la regla de la previsibilidad

De todo lo expuesto, debe concluirse que el tenor literal del artículo 9:503 exige que el deudor ordinario en los PECL se identifique con el que incumple sin intencionalidad ni negligencia grave. No obstante, coincidimos con Díez-PICAZO *et alii*, en sus Comentarios a los PECL,³⁰⁶ en el sentido de que lo correcto sería identificarlo con el que incumple sin dolo, lo que, además de resultar coherente con el espíritu de la regla y con sus antecedentes más remotos, coincide con la forma en que ha sido configurado en nuestro Derecho y en el italiano. Por lo anterior, considero que en el artículo 9:503, la única cuestión que no ha sido adecuadamente resuelta es la de su ámbito subjetivo, siendo la interpretación del sector mayoritario de nuestra doctrina, posteriormente plasmada en el citado artículo 1208 de la PMCC, la que estimo correcta.

A la misma conclusión debería llegarse respecto al artículo III-3:703 del DCFR, que, como ya se ha indicado, extiende el ámbito de aplicación de exclusión del test de previsibilidad no sólo a los incumplimientos gravemente negligentes, sino también a los imprudentes, lo que considero, a la luz de los antecedentes y razonamientos expuestos, carente de cualquier tipo de lógica y justificación; puesto que instaura un régimen indemnizatorio extremadamente

³⁰⁵ Al respecto señala XIOL RÍOS, J.A., que «con carácter de exclusión, de acuerdo con el artículo 1208 PMCCOC, el carácter no doloso del incumplimiento por parte del deudor hace que este solo responda “de los daños que se hubiesen previsto [o] podido prever razonablemente como consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato” (artículo 1208, inciso segundo, PMCCOC)», «Criterios de imputación...», *op. cit.*, p. 6.

³⁰⁶ Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 378.

riguroso para los deudores que pueden verse constreñidos, ante un incumplimiento meramente imprudente, a tener que indemnizar más allá de los daños previstos, con lo que quebraría el reparto de riesgos establecidos en la celebración del contrato. Es de esperar que, salvo que la redacción de los PECL como del DCFR sea modificada, la interpretación jurisprudencial sea la que amplíe el ámbito subjetivo del test de previsibilidad, quedando el mismo excluido sólo para los supuestos de incumplimientos dolosos.

6.4. El test de previsibilidad: la delimitación del *quantum respondatur*

6.4.1. Las características del test de previsibilidad en los PECL

Una vez que se ha configurado la figura del deudor ordinario, como presupuesto de hecho del test de previsibilidad, corresponde ahora abordar el análisis de sus consecuencias jurídicas, sus efectos³⁰⁷.

El criterio de la previsibilidad nos sitúa en el campo de la determinación de los daños indemnizables, de la delimitación del *quantum respondatur*. El test de previsibilidad actúa como un cortafuegos del *quantum* de la responsabilidad, haciendo responder al deudor ordinario exclusivamente de los daños previstos o que podía haber previsto razonablemente en el momento de la celebración del contrato como resultado probable de su incumplimiento.

De una disección de la regla se extraen las siguientes cuestiones fundamentales:

³⁰⁷ Vid., entre otros, Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 377 y 378; MARI, A., «Commentary Arts. 9:501...», *op. cit.*, pp. 451 y 452; MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 467; LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 650 a 654; NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento de...», *op. cit.*, pp. 1235 a 1262; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho...», *op. cit.*, p. 90; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «La moderna regulación de la indemnización...», *op. cit.*, pp. 468 a 470; SOLER PRESAS, A., «La indemnización por resolución...», *op. cit.*, pp. 5 a 8.

- Comienza por establecer su efecto limitador de la responsabilidad: “el deudor sólo responde”. Desde el inicio del enunciado del artículo 9:503 se observa su propósito, esto es, restringir la responsabilidad de los daños, lo que es lógica consecuencia de la idea que motivó la formulación del test de previsibilidad: la indemnización de los daños no puede ser ilimitada.

- El ámbito cognoscitivo de lo previsto se sitúa en la esfera del que incumple el contrato, con lo que se soluciona la cuestión que hizo que GARCÍA GOYENA fuera reacio al criterio de la previsibilidad -cada parte no podrá alegar que previó unos daños- puesto que lo fundamental es lo que previó el deudor³⁰⁸. Nos encontraríamos ante lo que podemos denominar el estándar subjetivo de la regla de la previsibilidad.

- El anterior estándar subjetivo de la previsibilidad se complementa con el objetivo, es decir, “los daños que podía haber previsto razonablemente”³⁰⁹.

³⁰⁸ En este sentido afirma CHENGWEI, L., que «it's only “the party in breach” whose knowledge matters. This is clearly shown by the wording in Art. 74 “the loss which *the party in breach* foresaw or ought to have foreseen”. This position is somewhat different in English law. In particular, in *Hadley v. Baxendale*, the requirement was that the loss be “*in the contemplation of both parties*”. What's the idea underlying this formula of Art. 74 in stating that it is only “the party in breach” who is required to foresee or to be in a position to foresee? It is said that, “the C.I.S.G. article, in limiting reference to the party in breach, surely does not envision delivering a windfall to the plaintiff, because the plaintiff recovers something not foreseen. Rather, this language reflects the view that the focus should be on the party who will have to answer for the amount of the loss”», *op. cit.*, pp. 1 y 2. En sentido contrario en relación al art. 1107 CC se pronuncia MORALES MORENO, A.M., «*daños previstos* no son los que prevé, unilateralmente, el deudor al tiempo de contratar, como posible consecuencia de su incumplimiento. La expresión daños previstos se refiere a los daños contemplados por las partes. Es equivalente a “daños previstos en el contrato”», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 167.

³⁰⁹ Sobre los daños que hubieran podido preverse al celebrar el contrato señala MORALES MORENO, A.M., que «no significa que la previsibilidad del daño lo haga directamente imputable. En la idea de Pothier significa más bien, un límite en la imputación de los daños. Hay daños que, aun pudiendo considerarse comprendidos en el fin de protección del contrato típico del contrato celebrado (venta, arrendamiento, contrato de obra), no son imputables al deudor, porque, en concreto, no eran previsibles para él en el momento de contratar...A menudo, la falta de previsibilidad del daño proviene de que el acreedor no informó al deudor, al contratar, de las circunstancias particulares que podían originarlo», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 167.

- El espacio temporal del test de previsibilidad -de lo previsto o de lo que hubiera podido preverse-, se concentra en el momento de la celebración del contrato. Ello es consecuencia lógica del fundamento de la previsibilidad. Si lo que se trata es de poder calcular los riesgos que la celebración del contrato conlleva, para determinar así la distribución y asunción de los mismos, no existe otra posibilidad, más que el momento de la conclusión del contrato, siendo el mismo decisivo para la determinación de la previsibilidad.

- Por último, lo previsto o que hubiera podido preverse se refiere a daños que fueran resultado probable del incumplimiento, lo que nos sitúa en el campo de los criterios de imputación objetiva ya estudiados. Como ya se ha afirmado, una vez que se ha constatado el nexo causal entre el incumplimiento y el daño, para que el daño resulte indemnizable se exige que sea imputable objetivamente, y sólo posteriormente, y exclusivamente en relación al deudor ordinario, que el daño se haya previsto o resulte previsible.

Resulta muy ilustrativo de la forma en que operaría en los PECL la regla de la previsibilidad el siguiente ejemplo que se describe en el Comentario del artículo 9:503: «B, un negociante de sellos, celebra un contrato con S por el que le compra un juego de sellos por un importe de 10.000 £ y que deberán entregarse el 1 de junio. S incumple su deber de entregar los sellos, cuyo valor de mercado en esa fecha es de 12.000 £. Como consecuencia del incumplimiento de S, B se ve en la imposibilidad de cumplir otro contrato por el que se iba a vender la colección a T por 25.000 £. S, que sabía que B había comprado sus sellos con el objeto de revenderlos, ignoraba que se iban a vender a título de colección. B tiene derecho a percibir en concepto de daños y perjuicios un importe de 2.000 £, que es la diferencia entre el valor de los sellos en el mercado a fecha uno de junio y el precio por el que se vendieron. S no es responsable por la pérdida añadida de 13.000 £ que ha sufrido B, porque no era una pérdida que S pudiera prever cuando acordó vender sus sellos a B»³¹⁰. Nos encontramos ante un incumplimiento de una prestación de dar, en el que se produce un daño patrimonial, concretamente del lucro cesante de 13.000 £.

³¹⁰ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 650 y 651.

¿Cómo podríamos determinar los daños que han sido previstos o eran previsibles? En definitiva, ¿cómo se evalúa lo previsible?³¹¹.

En primer lugar habrá que estar a los términos del contrato. Si expresamente se contempla que los sellos van a ser adquiridos, siguiendo el anterior ejemplo, por B para revenderlos a título de coleccionista, no surgiría problema alguno; se trata de un daño expresamente previsto en el contrato, por lo que la suerte de S hubiera sido bien distinta, teniendo que indemnizar la cantidad de 13.000 £, representativas del lucro cesante que resultaba previsible. Pero en el ejemplo se dice que S sabe que B los compra para revenderlos, por lo que está asumiendo el riesgo de que al incumplir tenga que indemnizar el incremento del valor razonablemente previsible de los sellos en el mercado ordinario, es decir, las 2.000 £, no el precio que tenga en el mercado de los coleccionistas. En este caso la previsibilidad no viene determinada por los términos del contrato sino por ser conocida la posterior venta, no como colección, por la parte vendedora³¹². Ello nos lleva a sostener que el contrato puede contener la previsibilidad de los riesgos, pero no lo agota, siendo importante también el conocimiento de la vendedora, como en este caso. Además, debe destacarse, como hace MORALES MORENO, la importancia que la interpretación del contrato tiene en orden a la valoración de lo que resulta previsible. Al respecto, afirma dicho autor que «los contratos normalmente prevén las obligaciones, pero no las consecuencias de su incumplimiento. Este silencio nos sitúa ante el problema de la determinación del fin de protección del contrato. La manera de resolverlo es proceder a interpretar el contrato. Si los contratantes no están de acuerdo sobre los daños que han de ser indemnizados, la tarea de interpretar el contrato deberá realizarla el tribunal al

³¹¹ Vid., MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, op. cit., pp. 164 a 172.

³¹² Recuérdese al respecto lo afirmado en relación al art. 74 de la CISG por PANTALEÓN PRIETO, F., que considero plenamente predicable también en relación a los PECL, de que «no sólo que la información sobre las circunstancias especiales que configuran aquel riesgo le haya sido proporcionada *precisamente por la otra parte*; sino que lo haya sido *de tal forma, que personas razonables del mismo sector del tráfico, situadas en el lugar de los contratantes, habrían considerado que se asumía, salvo inmediata protesta, el correspondiente riesgo de responsabilidad*», «Comentario artículo 74»..., op. cit., p. 607.

que sometan la controversia. El tribunal ha de utilizar, como en cualquier otro caso, todos los medios de interpretación oportunos»³¹³. Entre estos criterios de interpretación del contrato sitúa: la voluntad de asumir los riesgos de que un daño se produzca, la protección de la confianza, el tipo contractual utilizado, el precio estipulado y los usos del tráfico³¹⁴.

Sobre las cuestiones relativas a qué es lo que debe prever el deudor incumplidor y la importancia del momento de la celebración del contrato nos remitimos a lo ya explicado cuando se abordó el criterio de la previsibilidad en la CISG, por ser plenamente predicable lo allí afirmado en relación a los PECL.

6.4.2. Test de previsibilidad e imputación objetiva

A continuación nos vamos a centrar en los dos requisitos que deben concurrir³¹⁵, o mejor dicho, los dos juicios que deben superarse para que los daños sean indemnizados por el deudor ordinario.

Respecto a dichos juicios, uno se encuentra explícitamente contenido en el artículo 9:503; sería el juicio de previsibilidad; en relación al segundo, cabría plantearse la misma cuestión que hacía PANTALEÓN PRIETO respecto del artículo

³¹³ MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, op. cit., pp. 168 y 169.

³¹⁴ MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, op. cit., pp. 169 a 172.

³¹⁵ En nuestro Derecho, la doctrina mayoritaria se postula en favor de la concurrencia de dos requisitos, que el daño sea objetivamente imputable y que sea previsible, *vid.*, por todos: CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», op. cit., pp. 722 a 724; OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008...», op. cit., pp. 624 a 629; SOLÉ FELIU, J., «El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español», *Indret*, 2009, pp. 31 y 32. En sentido contrario, MORALES MORENO sostiene que «la exigencia de dos requisitos no parece justificada, ya que el segundo de ellos (“consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento”) no podría considerarse específico de la responsabilidad contractual no dolosa, y, en buena medida, tiene más campo de operatividad en la responsabilidad extracontractual que en la contractual. Por eso creo que tiene razón García-Ripoll al afirmar que “los daños “previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación” y los que “son consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento” son una y la misma cosa”» *Incumplimiento del contrato...*, op. cit., p. 159.

74 de la CISG³¹⁶, ¿será suficiente la regla de la previsibilidad como único criterio de delimitación de los daños? Debe concluirse que no, ya que limitar la indemnización de los daños a los simplemente previstos o previsibles se manifiesta insuficiente, puesto que se correría el peligro de dejar sin indemnizar los daños causados a otros intereses del acreedor. En este sentido indica SOLER PRESAS que «la previsibilidad por sí sola no contiene adecuadamente la extensión del resarcimiento cuando, entregado un bien disconforme, éste causa daños en la persona u otros bienes patrimoniales del acreedor. El resarcimiento de estos daños debe argumentarse con una lógica extracontractual, luego son otros los criterios de imputación objetiva que mejor convienen al caso»³¹⁷. Tanto PANTALEÓN PRIETO³¹⁸, en relación a la CISG, como SOLER PRESAS³¹⁹, para los PECL, reclaman la aplicación junto al test de previsibilidad de los criterios de imputación objetiva. En el mismo sentido que estos autores, considero que es necesario acudir a los criterios de imputación objetiva en los PECL, como complemento del criterio de la previsibilidad, en orden a la delimitación del *quantum*. Tal vez una solución sería considerar que la expresión “resultado probable” del artículo 9:503 atrae los criterios de imputación objetiva al ámbito de responsabilidad contractual en los PECL. De forma especular, lo ha afirmado PANTALEÓN PRIETO respecto de la expresión “consecuencia necesaria” del artículo 74 CISG³²⁰.

En conclusión debemos afirmar que, en la determinación de los daños indemnizables en los supuestos de deudores ordinarios, se requiere que los mismos sean: en primer lugar, objetivamente imputables; y en segundo, que

³¹⁶ PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario artículo 74»..., *op. cit.*, p. 605.

³¹⁷ SOLER PRESAS, A., «La indemnización por resolución...», *op. cit.*, nota al pie núm. 6, p. 6.

³¹⁸ PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario artículo 74»..., *op. cit.*, p. 605.

³¹⁹ SOLER PRESAS, A., «La indemnización por resolución...», *op. cit.*, nota al pie núm. 6, p. 6.

³²⁰ PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario artículo 74»..., *op. cit.*, p. 605.

puedan calificarse de previsibles. Se requiere la concurrencia de ambos requisitos, por lo que si un daño es imputable, pero no previsible, no será resarcido, y a la inversa.

7. LOS DAÑOS INDEMNIZABLES POR EL DEUDOR QUE INCUMPLE DE FORMA INTENCIONAL O CON NEGLIGENCIA GRAVE: LA EXTENSIÓN DEL *QUANTUM RESPONDATUR*

7.1. Introducción

Una vez expuesta la regla general aplicable al deudor ordinario, corresponde ahora el análisis de la excepción, esto es, el régimen jurídico aplicable al que incumple de forma intencionada o con negligencia grave. El inciso final del art. 9:503 señala que el test de previsibilidad no se aplicará cuando «*the non-performance was intentional or grossly negligent*».

La comprensión de esta regla especial o excepción suscita las siguientes interrogantes:

1) ¿Cuál es el fundamento de la exclusión del test de previsibilidad y la consiguiente extensión del *quantum respondatur*?

2) ¿Quién es el destinatario de la regla? ¿A qué deudor se excluye de la aplicación del test de previsibilidad?

3) ¿Qué efecto tiene la no aplicación del test de previsibilidad sobre el *quantum respondatur*? ¿Qué daños serán los que tendrá que indemnizar? ¿Es posible interpretar la expresión «*todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento*» de nuestro art. 1107 a la luz de los PECL?

7.2 El fundamento de la extensión del alcance de los daños objeto de indemnización

Corresponde ahora analizar el por qué el deudor que incumple de forma intencional o gravemente negligente no se beneficia de la limitación del test de previsibilidad.

El fundamento de la ampliación del ámbito de imputación de los daños indemnizables se encuentra en la propia conducta del deudor; no sólo incumple, sino que dicho incumplimiento viene acompañado de una actuación intencional o gravemente negligente -lo que en nuestro Derecho se denomina incumplimiento doloso-, que hace ineficaz el reparto que de los riesgos se establece en el contrato, extendiendo la indemnización a los demás intereses del deudor no cubiertos en el fin de protección del contrato. En otras palabras, el deudor con su actuación ha roto las reglas del juego, la limitación de la indemnización a los riesgos asumidos al contratar, y por tanto no puede beneficiarse alegando que los daños producidos no son concreción de tales riesgos.

La exclusión en estos supuestos de la aplicación del límite de la previsibilidad la justifica MORALES MORENO, en relación al artículo 1107.2 CC, que estimo también aplicable a la parte final del 9:503, al señalar que «cuando el incumplimiento del deudor no es neutro (no es el mero hecho de la falta de ejecución del contrato) sino que, por existir dolo, constituye, además, un acto por sí mismo reprobable, hemos de enjuiciar esa conducta como una fuente de responsabilidad sobreañadida, distinta de la del mero incumplimiento; y hemos de establecer un sistema diferente de imputación de daños. Es decir, tenemos que ensanchar el ámbito de imputación de los daños indemnizables, por la reprochabilidad del acto doloso y la lesión que produce a intereses no comprendidos en el fin de protección del contrato»³²¹.

³²¹ MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 173. En la misma línea afirma SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., que «es el dolo del vendedor, que acompaña al

La salvedad que realiza la parte final del artículo 9:503, excluyendo en determinados supuestos la limitación del *quantum respondatur* a los daños previsibles, persigue evitar que este tipo de deudor no indemnice aquellos daños que ha producido y que quedan extramuros del ámbito del fin de protección del contrato.

En nuestra doctrina, el profesor PANTALEÓN PRIETO ha explicado, huyendo de cualquier consideración de carácter punitivo o de castigo, la necesidad de excluir la aplicación del límite de la previsibilidad en los supuestos de incumplimientos dolosos, afirmando que «la parte contratante que se plantea incumplir, dado que hacerlo o no depende inmediatamente de su voluntad, puede realizar y realiza un segundo cálculo de costes-beneficios, relativo ahora a su decisión de incumplir. Si el criterio de imputación objetiva del daño que nos ocupa fuera también aplicable aquí, estaríamos permitiendo que aquella parte realizase ese segundo cálculo estimando como coste la misma cuantía indemnizatoria -igual al daño previsible al tiempo de la celebración del contrato- que utilizó, o debió razonablemente utilizar, cuando realizó el cálculo de costes-beneficios que fundamentó su decisión de contratar, lo que, jurídico-económicamente, no tendría buen sentido. Pues, si resulta que aquella cuantía es menor que la de los daños previstos o previsibles al tiempo de tomar la decisión de cumplir o no, y los beneficios previsibles del incumplimiento para la parte que se plantea incumplir alcanzan una cantidad situada entre una y otra cuantía de daños, el incumplimiento doloso tendrá lugar, pese a ser, como en este caso, económicamente ineficiente. O dicho con mayor precisión, el incumplimiento doloso ineficiente podrá tener lugar, cuando los costes de transacción hagan inviable la alternativa de que el acreedor lo evite, pagando al deudor que se propone incumplir al menos una suma igual al beneficio que a éste le reportaría hacerlo;

incumplimiento, el que constituye la causa de atribución de responsabilidad distinta del mero incumplimiento; lo que justifica que el deudor asuma una responsabilidad con un contenido indemnizatorio más amplio que el específico de la responsabilidad contractual contenido en el art. 1107 I CC.», «La moderna regulación de la indemnización..., *op. cit.*, p. 468.

alternativa ésta, por lo demás, repugnante en términos de justicia»³²². Como indica SOLER PRESAS en relación a los incumplimientos oportunistas, que considero aplicable a todo tipo de incumplimiento que merezca la calificación de doloso, la exclusión del test de previsibilidad supone desincentivar «el comportamiento oportunista del deudor al advertirle que no podrá retener el mayor (por encima de lo predecible) valor de la prestación, evidencia un respeto escrupuloso al compromiso alcanzado por las partes»³²³.

Por último, debe indicarse que existen dos opciones para la indemnización de los daños derivados del incumplimiento doloso del deudor, ya sea en el ámbito de la responsabilidad extracontractual o contractual. La primera opción, que es la seguida, por influencia del *Common Law*, en la CISG y en los PICC, no extiende en el ámbito contractual la responsabilidad del deudor doloso, lo que no impide que los daños que quedan fuera del ámbito de protección del contrato sean indemnizados en la esfera extracontractual. Y la segunda, que por influencia de los Códigos civiles francés, italiano y español ha sido adoptada por los PECL, es la atracción al campo de la responsabilidad contractual de los daños derivados del incumplimiento doloso del deudor³²⁴.

³²² PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 1032 y 1033. Dicho autor pone el siguiente ejemplo: «Supongamos que el daño previsible al tiempo de contratar sea 20; y el daño previsible por la parte que se plantea incumplir, al tiempo de tomar la decisión de cumplir o no, sea 50 (entre uno y otro momento, la otra parte le ha desvelado la oportuna información sobre un excelente negocio cuya realización depende del correcto cumplimiento). Si el criterio de imputación objetiva analizado fuera también aplicable al incumplimiento doloso, y el beneficio previsible del incumplimiento para quien se plantea no cumplir fuera superior a 20 e inferior a 50, digamos 48, el incumplimiento tendría lugar –pues el incumplidor ganaría 28 (la diferencia entre 48 y 20) con él-, pese a ser, como es, un incumplimiento ineficiente. Salvo que, siendo los costes de la renegociación entre ambas partes menores que 2 (la diferencia entre 50 y 48). El acreedor se avenga a pagar al deudor una suma igual o un poco superior a 28, a fin de que éste no incumpla dolosamente. Pero si aquellos costes de transacción son mayores que 2, el incumplimiento ineficiente tendrá lugar, al no haber espacio para una renegociación entre las partes que lo evite», en la pág. 1034. *Vid.*, también GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual...», *op. cit.*, p. 11 y SOLER PRESAS, A., «La indemnización por...», *op. cit.*, p. 7.

³²³ SOLER PRESAS, A., «La indemnización por...», *op. cit.*, p. 7.

³²⁴ Al respecto, MORALES MORENO, A.M., pone de manifiesto que «en realidad no es necesario atraer al marco de la responsabilidad contractual la indemnización de los daños causados por el dolo que acompaña al incumplimiento...El dolo del deudor, que acompaña al incumplimiento lo transforma, hasta el punto de constituir una causa de atribución de

7.3. El deudor que incumple de forma intencional o con negligencia grave: alcance de la norma

Corresponde en este epígrafe analizar los caracteres que determinan quién es el deudor incumplidor que no se beneficia de la limitación de la indemnización a los daños previstos o previsibles, es decir, aquellos a los que va destinada la excepción a la regla general establecida en la parte final del artículo 9:503.

Si hemos extraído a *sensu contrario* de la excepción el ámbito subjetivo de la regla de la previsibilidad, aquí, en principio, sólo cabe decir, siguiendo el tenor literal del artículo 9:503, que el test de previsibilidad no se le aplicará, para el cálculo de la extensión de la indemnización, a los deudores que incumplan el contrato concurriendo intencionalidad o negligencia grave. Se trata de la otra cara de la moneda de la delimitación del *quantum respondatur*.

En coherencia con lo que hemos expuesto al abordar el ámbito subjetivo del test de previsibilidad, tampoco ahora podemos estar de acuerdo con el artículo 9:503 respecto a la exclusión del test de previsibilidad del que incumple el contrato incurriendo en negligencia grave. Por ello, considero necesario acudir a la configuración que nuestra doctrina ha realizado del deudor doloso, también denominado de mala fe, en aras de poder ofrecer alguna solución de la cuestión.

Hemos afirmado que nuestra doctrina de forma mayoritaria se inclina por identificar al deudor de buena fe con aquel que no incurre en dolo, por lo que la extensión del alcance de la indemnización se produce respecto del que es

responsabilidad distinta del mero incumplimiento; justifica que el deudor asuma una responsabilidad con un contenido indemnizatorio más amplio que el específico de la responsabilidad contractual (art. 1107 I)», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 173. También en este sentido SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «La moderna regulación de la indemnización...», *op. cit.*, p. 468.

doloso. Debemos indagar por ello qué tipo de conducta merece la calificación de dolosa, es decir, cuáles son las notas que califican a un incumplimiento como tal.

La cuestión de la determinación de la conducta o conductas que merecen la calificación de dolosas a la luz del artículo 1107.2 del Código civil tampoco ha sido ajena a la doctrina:

- Para PANTALEÓN PRIETO, la extensión de la responsabilidad del artículo 1107.2 Código civil sólo se produce respecto de «los incumplimientos dolosos *en sentido estricto* (conscientes y voluntarios), sin que quepa incluir los provocados por culpa lata del deudor»³²⁵. No obstante la anterior afirmación, advierte «que el artículo 1107.II CC es también aplicable a los casos de dolo, engaño o fraude por parte del deudor en la fase de formación del contrato (v. arts. 1270.II, 1478.5º, 1486.II, 1487, 1529.III CC)»³²⁶.

- Por su parte, CARRASCO PERERA sostiene que el dolo que exige el artículo 1107.2 debe entenderse como referido a la intención maliciosa de causar un daño, por lo que lo circunscribe a los supuestos de dolo delictivo del artículo 1185 Código civil y al dolo fraude del artículo 1298 Código civil³²⁷.

³²⁵ PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1034. En el mismo sentido se ha pronunciado en la doctrina italiana BIANCA, C.M., afirmando que «assunto il dolo dell'inadempiente nella categoria generale del torto intenzionale (I), requisiti più specifici della figura sono stati indicati dalla dottrina nella volontarietà dell'inadempimento e nella consapevolezza della sua illiceità (2). A questi requisiti occorre ulteriormente aggiungere la consapevolezza del danno», *Dell'inadempimento...*, *op. cit.*, p. 375. YZQUIERDO TOLSADA, M., sin hacer referencia alguna a que se trate de un incumplimiento consciente, afirma, sin mayores precisiones, que «el que incumple voluntariamente, ya sea deudor de una actividad diligente, ya de una prestación de resultado, responderá de los daños "que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación" (art. 1107-2º)», *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 247.

³²⁶ PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1034.

³²⁷ CARRASCO PERERA, A., señala que «la norma del artículo 1107.II CC tiene sentido sólo cuando se trate de un dolo que comprenda un propósito malicioso, dañar al acreedor. Pero éste es el típico dolo extracontractual. En éste el propósito que define el dolo no puede ser otro que el propósito del daño, pues es el daño (no el incumplimiento) el que funda la relación jurídica entre acreedor y deudor. Sin embargo, salvo casos patológicos ajenos al mercado, el dolo contractual no es un propósito de daño, sino, mayormente, una voluntad de incumplir

Coincidimos con este autor respecto a la integración de los supuestos de dolo delictivo y dolo fraude en el ámbito de aplicación del artículo 1107.2, pero no agotándolos con ellos. El propio CARRASCO PERERA justifica tal restricción del término dolo a los arts. 1185 y 1298 Código civil, afirmando que nuestra jurisprudencia «en circunstancias límite no declara la existencia de dolo, cuando lo que en verdad subyace es una prevención a aplicar las *consecuencias normativas* del dolo. Como no podemos proceder por el sencillo modo de tener por derogada la norma, ni siquiera por falta de uso, propongamos que su aplicación se limite a los casos de *dolo malo* en los que la conducta del acreedor no tiene una justificación económica *aceptable*. Sólo el fraude grosero en la fase *in contrahendo* o el *dolo de dañar* merecen tan grave condena como la del art. 1107.II CC»³²⁸. Creemos que la renuencia de nuestro Tribunal Supremo a llegar, en la aplicación del artículo 1107.2 CC, hasta las últimas consecuencias no se encuentra precisamente en su mayor o menor ámbito subjetivo, sino en la gravedad de las consecuencias patrimoniales que

fundada en razones estratégicas de la economía del propio deudor, al que resulta más barato no cumplir, o le resulta difícil o antieconómico cumplir. Todavía más absurdo se revela el resultado si nos representamos que en el ámbito de la contratación *la mayoría de los incumplimientos son dolosos*, es decir, se trata de conductas negadoras del cumplimiento que son voluntariamente decididas por el deudor, unas veces con y otras sin justificación moral, que no excusa el dolo, al menos mientras no se alcance el grado del estado de necesidad o el error excusable sobre la existencia de una causa de exoneración o de una excepción. El *genuino* incumplimiento contractual es siempre voluntario: el vendedor no entrega la cosa porque la revende a un tercero; el comprador no paga porque utiliza el dinero para otra incumbencia;... Como prueban las fuentes precodificadas de la norma, la sanción a este deudor de mala fe estaba referida a los supuestos de dolo precontractual, no propiamente al incumplimiento doloso. Dolo precontractual de quien conoce y calla el defecto de la cosa que vende o alquila. Nunca se empleó ejemplo alguno que comprendiera en el alcance de la regla al deudor que *voluntariamente incumple* el contrato en su fase de ejecución y que no hubiera *actuado con fraude en la fase in contrahendo*. Pero resulta que aquellos son los más abundantes casos de dolo contractual. El fraude puede manifestarse de varios modos. Hay fraude cuando el deudor *engaña* a la otra parte con dolo para conseguir que acepte entrar en un contrato que le es perjudicial. Hay fraude también cuando se contrata con el propósito oportunista de no cumplir, buscando, a caso, hacer perder tiempo o dinero a la otra parte o en persecución de fines espurios para cuya obtención se utiliza el contrato (*vrg.*, evitar que contrate con un competidor, arrebatarse secretos industriales, etc.). El dolo delictivo se adecua también al texto del artículo 1107 CC, como lo demuestra el artículo 1185 CC (“cualquiera hubiera sido el motivo de la pérdida”). También se corresponde con la norma comentada el dolo-fraude del artículo 1298 (“siempre que por cualquier causa le fuere imposible devolverlas”)... El dolo es un concepto normativo, y *no psicológico*. Lo decisivo a efectos del art. 1107.II CC no es el estado mental o el grado de voluntariedad o conocimiento del deudor, sino la procedencia de la calificación de su conducta como dolo malo a efectos de responsabilidad», *Derecho de Contratos, op. cit.*, pp. 1266 a 1268.

³²⁸ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos, op. cit.*, p. 1277.

la calificación del incumplimiento como doloso tiene para el deudor. Por ello considero más acertado hacer una interpretación restrictiva de la expresión “de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento”, en vez de los deudores incumplidores a los que se aplica la regla, como propone CARRASCO PERERA. En el sentido que indicamos, se pronuncia PANTALEÓN PRIETO, al señalar que «la tesis de reducir radicalmente el ámbito de aplicación del artículo 1107.II CC a los casos de dolo delictivo (art. 1185 CC) y dolo-fraude (art. 1298 CC), sostenida por CARRASCO..., aunque pueda comprenderse ante el absurdo tenor literal del precepto, no puede compartirse: también en los casos de dolo-incumplimiento es jurídico-económicamente sensato, como hemos visto, prescindir de la limitación del *quantum respondatur* a los daños previsibles al tiempo de contratar. Lo que procede es realizar una interpretación correctora del artículo 1107.II»³²⁹.

- El profesor DíEZ-PICAZO, una vez que realiza un breve recorrido por las distintas concepciones que se han formulado respecto del dolo civil, afirma que su configuración «ha aparecido siempre con unos perfiles sumamente borrosos»³³⁰. Considera inadecuado que el dolo pueda caracterizarse sólo por la «consciencia y voluntariedad de la acción»³³¹. Si la calificación de un incumplimiento como doloso supone una especial agravación de la responsabilidad, no será suficiente con la concurrencia de las dos notas anteriores, se exigirá un *plus* en la conducta del incumplidor. Por lo que concluye que «en el concepto de dolo civil deben entenderse incluidos no tanto los supuestos de voluntario incumplimiento cuando aquellos en que el deudor es consciente de que su comportamiento provoca o puede provocar un daño y no adopta las medidas necesarias por la buena fe para evitarlo»³³². Siguiendo al autor italiano LUPOI, señala DíEZ-PICAZO dos criterios que determinan que nos encontremos ante un incumplimiento doloso: «la naturaleza omisiva y comitiva

³²⁹ PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1034.

³³⁰ DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho...*, *op. cit.*, p. 749.

³³¹ DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho...*, *op. cit.*, p. 751.

³³² *ult. op. cit.*, p. 751.

del acto imputado al deudor y el carácter definitivo o no definitivo del incumplimiento»³³³. No obstante lo expuesto, creo que la afirmación de Díez-PICAZO, que mejor y con más claridad expone su pensamiento sobre el dolo civil, es: «que engloba genéricamente las posibles actividades de un obligado, que son contrarias a la buena fe y que por ello agravan su responsabilidad. Fundamentalmente aparecen presididas por la consciencia de ocasionar al acreedor un daño injusto o de colocarle en una situación de injusta lesión y en la falta de adopción de las medidas necesarias para la exclusión de tal daño»³³⁴. A lo que añade, como manifestaciones especiales del dolo, los supuestos de mala fe del deudor³³⁵ y los de fraude de acreedores³³⁶.

³³³ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho...*, op. cit., p. 751. Una vez que enuncia los criterios que determinan la existencia del dolo, los desarrolla, indicando que «en términos generales, se puede decir que el dolo del deudor exige un comportamiento activo y que no basta la simple omisión de lo debido. La simple omisión de lo debido, por sí sola, no es dolosa. Sólo adquiere este carácter cuando aparece una conducta sucesiva particularmente reprobable o cuando mediante la omisión se consigue un incumplimiento definitivo. Una conducta del deudor puede calificarse como particularmente reprobable atendiendo a los motivos o a los medios empleados para el incumplimiento. El motivo doloso no tiene que ser un especial ánimo de perjudicar al acreedor. Es suficiente el propósito de obtener para sí mismo una ventaja. El dolo puede existir también si son reprobables los medios empleados para mantener la situación de omisión de prestación. Como medios reprobables deben ser considerados aquellos que objetivamente contravengan las normas de la corrección. V. gr., aprovecharse de una situación de preeminencia o utilizar medios engañosos. El segundo criterio a tener en cuenta para decidir si hay dolo es el carácter definitivo o no definitivo del incumplimiento. Cuando el comportamiento del deudor provoca la imposibilidad definitiva de la prestación, el dolo reside en la consciencia y en la voluntariedad de aquel comportamiento. En cambio, el comportamiento omisivo que no provoca una imposibilidad definitiva de cumplimiento no es doloso por la simple concurrencia de consciencia y de voluntariedad en el sujeto, sino que requiere unas circunstancias que de acuerdo con las valoraciones éticas puedan ser consideradas como reprobables», pp. 751 y 752.

³³⁴ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho...*, op. cit., p. 752.

³³⁵ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., señala que «son formas especiales de dolo del deudor, que deben en definitiva englobarse dentro de la misma figura, los casos de deudor de mala fe, a que nuestro Código se refiere en numerosas ocasiones. Por ejemplo, vendedor de mala fe, en los arts. 1476, 1478, 1488 y 1529. La mala fe, equivalente del dolo, consiste en el pleno conocimiento del carácter vicioso de la cosa vendida y entregada y en la voluntad, no obstante, de ejecutar el contrato engañosamente», *Fundamentos del Derecho...*, op. cit., p. 752.

³³⁶ Afirma Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., que «una hipótesis particular de dolo es el llamado “fraude de acreedores”. El paralelismo entre dolo y fraude ha sido muchas veces puesto de relieve por la doctrina. PLAZA señalaba que la noción de dolo se identifica con la de engaño, fraude y fingimiento, y la de fraude con la de acción contraria a la verdad de la que resulta perjuicio para otro. Se ha dicho también que el dolo y el fraude son artificios engañosos,

- Otro autor que también ha profundizado en el análisis de la caracterización del dolo del deudor es MORALES MORENO. Una vez que afirma que la actual concepción del dolo desborda los contornos sobre los que POTHIER postuló el criterio de la previsibilidad, puesto que sólo excluía su aplicación en los supuestos de dolo precontractual, niega que todo incumplimiento voluntario o deliberado pueda ser calificado como doloso³³⁷. Propone una definición del dolo del artículo 1107.2 CC en los siguientes términos: «es un acto de *incumplimiento del contrato*, causante de daños a bienes o intereses del acreedor que se sitúan más allá del interés protegido por el contrato (art. 1107 I: fin de protección del contrato), y que por la intención del sujeto, que directamente pretende causar un daño al otro contratante, o por la propia antijuridicidad del acto (acto contrario a una norma o a las exigencias de la buena [fe]) justifica una imputación de responsabilidad al deudor fundada en la ilicitud de su conducta y no exclusivamente en el hecho del incumplimiento»³³⁸.

que se diferencian en que el dolo como arte de engañar se dirige contra la persona a la que se perjudica, mientras que en el fraude se trata de engañar o perjudicar a los terceros», *Fundamentos del Derecho...*, *op. cit.*, p. 752.

³³⁷ MORALES MORENO, A.M., sostiene que «incumplimiento doloso no es cualquier incumplimiento voluntario; por ejemplo, el retraso intencionado en el cumplimiento. Si fuera así, tendríamos que calificar de dolosos a muchos incumplimientos no fortuitos (art. 1105 CC), lo que distorsionaría enormemente el sistema de responsabilidad contractual. El carácter voluntario del incumplimiento no lo convierte, necesariamente, en doloso. Ni siquiera cuando media una “conducta deliberadamente rebelde del deudor”, tomada en cuenta por la jurisprudencia del TS para permitir la resolución del contrato», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 175.

³³⁸ MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 175. Continúa el autor citado, señalando que «en la definición anterior debemos destacar dos aspectos: Primero: El dolo constituye un supuesto de responsabilidad diferente del que podemos llamar, para entendernos, mero incumplimiento. Segundo: La regla especial de imputación de responsabilidad por dolo en el incumplimiento (art. 1107 II) tiene sentido y cumple una función en la medida en que la regla general (art. 1107 I) no sea suficiente para justificar la indemnización del daño atribuible al dolo. No es necesaria cuando el daño causado por el dolo sea indemnizable, aplicando la regla ordinaria de imputación de daños por incumplimiento... Destacados estos dos aspectos, voy a hacer otras consideraciones sobre la definición de dolo que he propuesto. a) El acto doloso es, al mismo tiempo, “una falta de cumplimiento de la obligación” (art. 1107 II). Esto explica que la responsabilidad derivada del dolo se incluya en el marco de la responsabilidad contractual. Y también justifica la existencia de una regla especial de imputación del daño, fundada en la conducta dolosa. El dolo puede aparecer en cualquiera de las manifestaciones del incumplimiento, susceptibles de generar responsabilidad contractual. Así: en el incumplimiento (doloso) de deberes precontractuales de información, en

- Por último, apoyándose también en la óptica del análisis económico del Derecho, debe destacarse la solución formulada por GÓMEZ POMAR, quien se pronuncia, en términos muy similares a los ya expuestos de CARRASCO PERERA y MORALES MORENO, en favor de una configuración restrictiva del incumplimiento doloso, circunscribiéndolo a aquellos incumplimientos «que sean el producto del ánimo fraudulento, de la intencionalidad antijurídica de causar daño al otro contratante, o del comportamiento puramente oportunista de quien no ha tenido, desde el mismo momento de contratar, intención de hacer honor a los compromisos contractuales»³³⁹.

Con carácter previo a establecer cuál o cuáles de las anteriores afirmaciones de la doctrina consideramos más adecuadas en relación a la caracterización del dolo del deudor, entiendo necesario analizar cómo ha resuelto la cuestión nuestro Tribunal Supremo. A continuación exponemos diferentes sentencias del Tribunal Supremo en las que se alude a las conductas que deben ser tipificadas como dolosas:

el de deberes de prestación, en el de deberes de cuidado. Pondré algunos ejemplos. 1) En el ejemplo que utiliza Pothier (*pecus morbosus*), el dolo implica el incumplimiento de un deber precontractual de información, sobre una circunstancia que provoca que el bien vendido puede causar daños a otros bienes del comprador (Ccfr. art. 1486 II). 2) El dolo del deudor puede manifestarse en el incumplimiento (o cumplimiento defectuoso) de un deber de prestación. Por ejemplo: en una venta genérica, el vendedor conoce que el objeto entregado puede causar daños al comprador. O, existiendo un compromiso de prestar dinero en un determinado momento, el prestamista incumple su obligación con la intención de privar al comprador del beneficio de la inversión que sabe va a realizar. En este caso, aunque ese daño no esté comprendido en el fin de protección del contrato, es indemnizable por haber sido causado intencionadamente. 3) El dolo del deudor puede manifestarse, igualmente, en el incumplimiento intencionado de deberes de cuidado, con el que el deudor trata de causar un daño a un bien del acreedor (p. ej., quemar un cuadro) o en el que puede prever la segura producción del daño. b) El carácter ilícito de la conducta dolosa bajo la que se manifiesta el incumplimiento justifica la aplicación de una regla de imputación objetiva distinta de la general de la responsabilidad contractual. Y genera un deber de indemnizar los daños causados, en una medida que no se determina conforme a la previsión del contrato (fin de protección del contrato), sino conforme a la protección que merece el bien lesionado y a la consideración de la conducta dolosa», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, pp. 175 y 176.

³³⁹ GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual...», *op. cit.*, p. 11. *Vid.*, también en la misma obra y página citada, las notas al pie núms. 11 y 12.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1980: «el incumplimiento reviste matices dolosos, según lo evidencia la explícita invocación en el considerando quinto, “in fine”, de “los arts. 1102 y 1107, párr. 2.º, del C. Civ.”, ya que, ciertamente, ha sido quebrantada con plena voluntariedad su obligación por el porteador, y esa sustracción deliberada al cumplimiento, con la total conciencia de realizar un acto antijurídico, al margen del innecesario elemento de la intención de dañar, constituye propia característica del dolo, según entiende la más prestigiosa doctrina y lo ha proclamado esta Sala»³⁴⁰.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1984: «dolo civil en que incurrieron los arrendatarios, realizando un acto contrario a derecho y alegando absurda e improcedentemente la existencia de otra relación jurídica... el incumplimiento de la prestación debida, con imputable inobservancia de la obligación, impone al infractor el condigno resarcimiento de los daños ocasionados, que en la hipótesis de dolo, existente cuando la transgresión se produjo voluntariamente y por tanto con plena consciencia de la antijuridicidad del acto»³⁴¹.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1997: «el incumplimiento doloso del mismo presupone una deliberada intención de no cumplirlo»³⁴².

- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1999: «el Código Civil no da una noción de dolo en el incumplimiento de la obligación, a diferencia de lo que ocurre con el vicio de la voluntad en el art. 1269 de dicho Texto Legal, pero en el art. 1107 no desconoce y contrapone el deudor de

³⁴⁰ STS de 21 de junio de 1980, ponente D. Jaime De Castro García (RJ 1980, 2726).

³⁴¹ STS de 23 de octubre de 1984, ponente D. Jaime De Castro García (RJ 1984, 4971).

³⁴² STS de 24 de noviembre de 1997, ponente D. Francisco Morales Morales (RJ 1997, 8396).

buena fe al que actúa con dolo, como equivalente a mala fe, no siendo preciso para ello la voluntad de dañar o “animus nocendi”, siendo bastante la voluntad consciente de incumplir... Para reputar la existencia de dolo, será preciso partir de unos hechos probados y examinar en los mismos, si la concreta conducta del deudor o parte incumplidora de la obligación, ha sido por una voluntaria y consciente transgresión de la misma. Tal es el concepto inferido de una larga tradición judicial. Ya la añeja Sentencia de 15 de marzo de 1934 (RJ 1934\462) despreció el dolo incumplidor de la obligación asumida como «propósito consciente, intencionado de eludir el cumplimiento de las obligaciones». Más reciente en el tiempo, la Sentencia de 21 de junio de 1980 (RJ 1980\2726) señala al respecto que constituye el quebrantamiento voluntario de la obligación, sustrayéndose a su cumplimiento con total conciencia de realizar un acto antijurídico. Hay incumplimiento doloso, recoge la Sentencia de 23 de octubre de 1984 (RJ 1984\4971), cuando la transgresión (de la obligación) se produjo voluntariamente y por tanto con plena conciencia de la antijuridicidad del acto, pronunciándose en semejante sentido la anterior de 15 de julio de 1983 (RJ 1983\4233). Ya la antigua resolución citada de 15 de marzo de 1934, se cuidaba de señalar, que tal transgresión voluntaria y consciente, en que el dolo consiste, dolo diferente del vicio del consentimiento al que se refiere el art. 1269 del Código Civil, no se presume y ha de probarse por el que lo alega... Por lo demás, ya la Sentencia de 9 de marzo de 1962 (RJ 1962\1230) puso el acento en la dificultad de separación en supuestos concretos entre las fronteras del dolo y de la culpa y en la imposibilidad de fundar el dolo exclusivamente en la intención de dañar, que lo asimilaría al dolo penal y por ella la Jurisprudencia, sin perjuicio de estimar dolosos los daños producidos con malicia e intención, o sea con el propósito de causar daños, como hace en diversas resoluciones -«ad exemplum», en las de 9 de mayo de 1956, 29 de octubre de 1959, 28 de febrero y 4 de junio de 1949 (RJ 1949\260 y RJ 1949\725)- en otra, como en la de 23 de marzo de 1953 (RJ 1953\1254), admite la posibilidad de estimarlo cuando se demuestra que el demandado rebasa los límites del uso de la cosa, señalados en el propio contrato y en otras, como la de 28 de enero de 1944, habla de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo prevenido, es decir que acomoda tal criterio con el art. 1107 del Código Civil, que contrapone la buena fe al dolo y hace coincidir

éste con la mala fe y para ello no se precisa la intención de perjudicar y basta tan sólo con infringir de modo voluntario el deber jurídico que pesaba sobre el deudor, conscientemente. En definitiva, ejecuta algo prohibido y hace lo que no debe hacer, lo que repiten más recientemente las Sentencias de 27 de abril y 19 de mayo de 1973 (RJ 1973\1875 y RJ 1973\2339), 21 de junio de 1980 y 23 de octubre de 1984»³⁴³.

De la jurisprudencia citada se extrae que, para que la conducta incumplidora del deudor merezca la calificación de dolosa, es suficiente con la concurrencia de voluntariedad y consciencia de la antijuridicidad de la conducta, sin que resulte necesaria la intención de causar un daño, es decir, sin que concurra “animus nocendi”. Esta línea jurisprudencial coincide con el pensamiento ya expuesto de PANTALEÓN PRIETO, que se decanta a favor de la configuración como dolosa de todo incumplimiento consciente y voluntario, alejándose de toda intención maliciosa de causar un daño³⁴⁴.

7.4. El dolo en la fase precontractual

Estimo que una adecuada aproximación a la cuestión del dolo exige distinguir entre el que se produce en la fase precontractual y el que se da en la fase de ejecución del contrato.

Por lo que se refiere al primero, en la fase precontractual, la doctrina coincide en aplicar el art. 1107.2 a los supuestos en los que se contrata con dolo, entendido como conocimiento de los defectos de la cosa que se vende o alquila y omite a sabiendas dicha información a la otra parte contratante. Aquí es, además, donde se encuentra el origen de la agravación de la responsabilidad para el deudor doloso. Recuérdese el ejemplo de POTHIER, del

³⁴³ STS de 30 de noviembre de 1999, ponente D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez (RJ 1999, 8439).

³⁴⁴ PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1034.

vendedor de una vaca que conoce que padece una enfermedad contagiosa y no lo pone en conocimiento del comprador. También entrarían dentro del dolo precontractual el fraude de acreedores.

En cambio, las discrepancias las encontramos respecto a las notas que caracterizan al dolo en la ejecución del contrato. Frente a PANTALEÓN PRIETO, que, como ya se ha afirmado, no exige la concurrencia de la intención de dañar, lo que es coincidente con nuestra jurisprudencia, se sitúan CARRASCO PERERA, Díez-PICAZO, MORALES MORENO y GÓMEZ POMAR, quienes coinciden en afirmar que la mera conciencia y voluntariedad no es suficiente para catalogar un incumplimiento como doloso, exigiendo un *plus* –intención maliciosa de causar un daño, la consciencia de poder causar un daño y no adoptar las medidas necesarias para evitarlo, según la buena fe que debe inspirar la relación contractual, comportamientos meramente oportunistas con un evidente desprecio hacia el cumplimiento del contrato-. Explícita o implícitamente coinciden en que los comportamientos dolosos pueden reconducirse a la intención de causar un daño. No tengo dudas de que, si el incumplimiento doloso tiene como efecto principal la agravación de la responsabilidad, es decir, un *plus* respecto a la extensión de los daños indemnizables, la misma debe realizarse en atención a algo más, no a un mero incumplimiento voluntario o deliberado y consciente. En definitiva, creo que las conductas, en cualquiera de sus manifestaciones, merecedoras del reproche de la extensión de la responsabilidad, podrían tener cabida bajo la expresión de la mala fe, entendida ésta en un sentido amplio, como aglutinadora, en la fase precontractual de engaño, fraude, maquinaciones insidiosas para propiciar la contratación de la otra parte, y en la fase de ejecución del contrato, concretada polifórmicamente, tanto en la intención antijurídica de provocar un daño, un comportamiento claramente oportunista del que desde un principio no tiene ninguna intención de cumplir el contrato, y cualquier otra conducta-actuación del deudor que no tenga en el horizonte el cumplimiento del contrato y la plena satisfacción del interés de la otra parte contratante.

De todo lo expuesto puede concluirse que los PECL, salvo en lo que

respecta al incumplimiento gravemente negligente, que no encuentra ningún apoyo en nuestro Derecho, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia, sí concuerdan con la doctrina jurisprudencial y con el profesor PANTALEÓN PRIETO respecto a que a los incumplimientos voluntarios no se les aplicaría el test de previsibilidad. Por ello que los PECL estarían adoptando un sistema de agravación de la responsabilidad en claro beneficio del acreedor, que sólo con probar la intencionalidad del incumplimiento vería ampliada, siempre con el límite de que los daños resulten objetivamente imputables, su indemnización, incluso de aquellos daños imprevisibles.

Nos llama la atención que si los PECL excluyen la aplicación del test de previsibilidad en los supuestos de incumplimiento intencionado y con negligencia grave, ¿dónde tendrían cabida los supuestos de dolo, fraude o engaño en la fase precontractual? ¿Podría sostenerse a *sensu contrario* o por exclusión que tales tipos de conductas se favorecerían del test de previsibilidad?

El art. 4:107, titulado «Dolo», dispone que «(1) *Una parte puede anular el contrato cuando su consentimiento se ha obtenido por medio de una actuación dolosa de la otra parte, de palabra o de acto, o porque la otra parte ocultó maliciosamente alguna información que debería haber comunicado si hubiera actuado de buena fe. (2) La actuación de la parte o su silencio son dolosos si su objeto era engañar. (3) Para determinar si, de acuerdo con la buena fe, una parte tenía la obligación de comunicar una información concreta, deberán considerarse todas las circunstancias y en especial: (a) si la parte tenía conocimientos técnicos en la materia; (b) el coste de obtener dicha información; (c) si la otra parte podía razonablemente obtener la información por sí misma, y (d) la importancia que aparentemente tenía dicha información para la otra parte*». Además de la posibilidad de anular el contrato, lo que pone de manifiesto la gravedad de la situación que se está contemplando, el art. 4:117, denominado «Daños y perjuicios», establece que «(1) *La parte que denuncia un contrato en virtud del presente capítulo podrá solicitar de su contraparte una indemnización que le permita volver a una situación lo más parecida posible a la que tendría de no haberse celebrado el contrato, siempre que la otra parte*

hubiera sabido o hubiera debido saber que existía error, dolo, intimidación, un beneficio excesivo o una ventaja injusta... (3) Por lo demás y con los ajustes que correspondan se aplicarán a la indemnización por daños y perjuicios las disposiciones correspondientes de la sección 5 del capítulo 9».

Si partimos del clásico ejemplo de POTHIER de la venta de la vaca a sabiendas de que padecía una enfermedad contagiosa, con el resultado de que no sólo muere la vaca vendida, sino también el resto del rebaño: ¿De qué daños debe responder el deudor que oculta maliciosamente la información sobre tal enfermedad aplicándose el art. 9:503 PECL? ¿Dónde encajaría la conducta maliciosa del vendedor? ¿Se le aplicaría el test de previsibilidad al tratarse de un incumplimiento en el que no concurre intencionalidad ni negligencia grave? ¿O se trataría de un incumplimiento intencionado o gravemente negligente? El art. 4:117 aplicable a los supuestos de dolo, fraude o engaño permite que el acreedor que lo sufre pueda solicitar indemnización de daños y perjuicios. El problema se encuentra en decidir dentro de qué sistema de delimitación del *quantum respondatur* se encajaría, si en el general, es decir, el del deudor ordinario, o en la excepción, que excluye la aplicación de la regla la previsibilidad. Siendo coherentes con los antecedentes remotos de la regla en POTHIER, creo que la respuesta correcta debe ser que a los deudores en los que concurre un comportamiento doloso, fraudulento o con engaño no se les aplicaría el test de previsibilidad, es decir, recibirían un tratamiento similar al de los que incumplen con intencionalidad o negligencia grave. Ya se dijo que fueron tales comportamientos los que se encuentran en el origen de la extensión de la responsabilidad de los denominados, desde el Digesto, deudores dolosos. Carecería de cualquier tipo de justificación que a tales deudores maliciosos se les aplicara el mismo tratamiento en el alcance de la responsabilidad que a los deudores ordinarios. Es pacífica en nuestra doctrina, que a los daños derivados de tales conductas se les aplica el artículo 1107.2 CC.

8. El daño imputable al acreedor

Junto al artículo 9:503 ya estudiado, la delimitación del *quantum respondatur* exige también el análisis de los artículos 9:504, en virtud del cual la parte perjudicada no puede ser resarcida por las pérdidas provocadas o agravadas de forma irrazonable por su propio comportamiento, y 9:505, relativo al deber del acreedor de mitigar el daño. Ambos artículos configuran lo que puede denominarse la posición jurídica del acreedor que sufre el incumplimiento³⁴⁵. Por ello, dichos preceptos intervienen decisivamente en la configuración del montante indemnizatorio.

8.1. El daño producido por el acreedor

El párrafo tercero del artículo 8:101 de los PECL establece que la parte que sufre el incumplimiento «*no puede recurrir a los medios dispuestos en el capítulo 9 en la medida en que haya provocado el incumplimiento de la otra parte*». Se refiere al supuesto de que sea la propia persona perjudicada por el incumplimiento la que lo hubiera producido con su conducta³⁴⁶. Constituye este párrafo una manifestación del principio de buena fe en el que se inspira todo el articulado de los PECL: en efecto, sería contrario al mencionado principio que el perjudicado dispusiera de algún remedio ante un incumplimiento que él

³⁴⁵ PALAZÓN GARRIDO, M.L., afirma que «para fijar la medida de los daños, otro parámetro que los PECL (como la CISG y los Unidroit) exigen tener en cuenta es la actitud del propio acreedor. En consecuencia, el deudor no será responsable de las pérdidas atribuibles a la parte perjudicada (art. 9.504), y se impone al acreedor el deber de mitigar los daños (art. 9.505), cuyo incumplimiento conlleva la reducción de la indemnización», «El nuevo derecho...», *op. cit.*, p. 91.

³⁴⁶ Sobre los efectos que tiene en el Derecho comparado el incumplimiento causado por el acreedor en los remedios, señalan LANDO, O., BEALE, H., que «there is agreement among the legal systems that a non-performance which is due solely to the other party's wrongful prevention does not give the alter any remedy. In most of the systems the party who has prevented performance will himself be the non-performing party against whom the remedies may be exercised. However, BELGIAN, DUTCH, GERMAN, GREEK and NORDIC law it is not generally considered to be a *tekortkoming*, *Vertragsverletzung* or *Kontraktsbrott* to prevent performance by the other party. It will depend upon whether the acceptance of the performance is a main obligation (*Hauptpflicht*) of the creditor», *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. 362.

mismo hubiera provocado. En este supuesto, se trata de una limitación absoluta, ya que la parte perjudicada no podrá acudir a ninguno de los remedios establecidos en los PECL³⁴⁷. Al respecto, indica el profesor LANDO que «if the non-performance is caused by an act or omission on the part of the creditor he may not resort to any of the remedies. There is no remedy if the creditor is unable to receive performance, even when this is due to an impediment beyond his control»³⁴⁸. De forma especular, en el párrafo segundo del artículo 1188 de la PMCC se indica que «*nadie podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por la acción u omisión del que lo invoque*».

Por lo que respecta a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, el párrafo tercero del artículo 8:101 debe ponerse en conexión con los artículos 9:504 y 9:505. Y ello porque ambos artículos son una concreción de la obligación general del acreedor de no provocar el incumplimiento o aumentar sus daños, ya sea por acción o por omisión, y constituyen las reglas de comportamiento que el acreedor debe respetar ante los supuestos de incumplimiento. Y el párrafo tercero es el efecto, que la vulneración de las reglas anteriores, tiene sobre los remedios a los que puede acudir el perjudicado.

En este epígrafe vamos a analizar conjuntamente los artículos 8:101 (3) y 9:504, al ser éste una aplicación particular del anterior.

El propio Comentario de los PECL al artículo 8:101 se plantea el problema de que el perjudicado hubiera contribuido solo parcialmente al incumplimiento del contrato: «*When the loss is caused both by the debtor -*

³⁴⁷ Sobre la no disponibilidad de remedios cuando el incumplimiento es debido a la acción u omisión del acreedor, *vid.*, entre otros: Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 327; LANDO, O., «El derecho contractual...», *op. cit.*, p. 13; LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...cit.*, pp. 360 y 361; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho...», *op. cit.*, p. 84.

³⁴⁸ LANDO, O., «The Structure and the Salient Features of the Principles of European Contract Law», *Jurídica Internacional*, VI/2001, p. 11.

*which has not performed- and the creditor -which has partially caused the breach by its own behaviour- the creditor should not have the whole range of remedies»*³⁴⁹. Es decir, que a la producción del incumplimiento hayan contribuido las conductas tanto del acreedor como del deudor, lo que puede denominarse concurrencia de conductas motivadoras del incumplimiento o incumplidoras. La versión española de los PECL emplea la siguiente frase «cuando las pérdidas se producen tanto por culpa del deudor -que incumple- como por parte del acreedor -que provoca en parte el incumplimiento a causa de su propio comportamiento-». Considero desacertada la versión española al hacer referencia a la expresión *culpa*, puesto que en el texto original no aparece la expresión *fault*, además de que uno de los logros de los PECL, en la línea ya iniciada por otros textos uniformes de la contratación supranacional, es alejarse de la exigencia de la culpa como presupuesto del incumplimiento.

Como ya se ha indicado, el efecto del incumplimiento causado íntegramente por el acreedor es la ausencia de remedios a su disposición. ¿Qué efecto tendrá la concurrencia de las conductas de acreedor y deudor en la producción del incumplimiento? El Comentario de los PECL continúa en los siguientes términos: «*La contribución del acreedor al incumplimiento afectará al remedio en la medida en que el incumplimiento de la otra parte haya sido provocado por sus propias acciones u omisiones. Estos efectos podrán ser totales, en el sentido de que el acreedor no pueda ejercer remedio alguno, o parciales*»³⁵⁰. Según lo anterior, el perjudicado, coautor del incumplimiento, verá limitados los remedios en la medida en que el incumplimiento de la otra parte haya sido provocado por su propia conducta³⁵¹. Pero la limitación, a que hace referencia el Comentario, parece centrarse en una limitación respecto al número de remedios disponibles para el acreedor, es decir, a la facultad de

³⁴⁹ LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. 362.

³⁵⁰ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 527.

³⁵¹ Acerca del incumplimiento causado en todo o en parte por el acreedor, *vid.*, entre otros: LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 527 y 528. Para Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., «la redacción del art. 8.101 (3) permite tener en cuenta el caso en que el incumplimiento sea sólo parcialmente imputable al acreedor», *op. cit.*, p. 327.

ejercitar un remedio u otro. Considero más adecuada hacer extensiva dicha solución, en el sentido de que la limitación refiriéndose a los remedios en sí mismo considerados, también lo sea en cuanto a la vigorosidad del remedio. Si bien el texto del Comentario no resulta lo suficientemente claro, sí confirma nuestra opinión el ejemplo que ofrecen los comentaristas: *«A celebra un acuerdo para transportar cristal de B entre Copenhagen y París, pero somete los embalajes a algunos golpes que normalmente habrían provocado la rotura de las piezas frágiles, pero no las piezas de cristal grueso. En cualquier caso, B no había envuelto correctamente ninguna pieza y se destroza todo. B se puede negar a pagar los gastos de transporte y podrá recuperar el importe de los daños en lo que respecta al cristal frágil, pero no en lo que respecta al cristal grueso»*³⁵².

Por su parte el artículo 9:504 dispone que: *«Cuando el perjudicado hubiera contribuido al incumplimiento o a sus efectos, la parte que incumple no responde de las pérdidas sufridas por la parte perjudicada en lo que es consecuencia de dicho comportamiento»*³⁵³. Como se afirma en su Comentario, dicho artículo contempla «el principio de que el perjudicado no debería reclamar daños y perjuicios si las pérdidas que ha sufrido se deben a un comportamiento suyo irrazonable»³⁵⁴.

El comportamiento o conducta irrazonable puede englobar cualquiera de las siguientes tres situaciones:

- Que el acreedor haya contribuido en todo o en parte al incumplimiento del contrato, supuesto que coincide con el contemplado en el párrafo tercero

³⁵² LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 527 y 528.

³⁵³ Vid., sobre el art. 9:504, entre otros: CHENGWEI, L., op. cit., pp. 16 a 20; Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., op. cit., pp. 382; GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual...», op. cit., p. 23; MARI, A., «Commentary Arts. 9:501 a 9:510», en AA.VV., *Principles of European Contract Law and Italian Law*, (edited by Luisa Antonioli y Anna Veneziano) Kluwer Lax International, The Netherlands, 2005, pp. 453 a 455; MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Mecanismos de protección...», op. cit., p. 469 y NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento de...», op. cit., p. 1242.

³⁵⁴ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, op. cit., p. 655.

del artículo 8:108³⁵⁵. Resulta muy ilustrativo el ejemplo que se describe en el Comentario: *«B le encarga a S un sistema de ordenador con una configuración especial para que B, titular de una inmobiliaria, pueda enviar a sus posibles clientes detalles sobre las viviendas que se encuentran en el mercado inmobiliario y que se adecúen a las necesidades de estos clientes. El sistema informático no funciona de manera adecuada, debido en parte a errores en la configuración y, en parte, a que las instrucciones que B dio a S fueron incompletas. Las pérdidas de B son irrecuperables en aquello que se deba a que sus instrucciones fueron incorrectas»*³⁵⁶.

- Cuando el incumplimiento del contrato no deriva de la conducta del acreedor, pero sí ha provocado un aumento del daño producido por el mismo³⁵⁷. Como ejemplo de este supuesto se pone el siguiente: *«A toma en alquiler un ordenador que, conforme al contrato, es adecuado y se encuentra listo para su uso en Inglaterra, donde el voltaje es de 240v. El ordenador que se le suministra puede operar en diferentes niveles de voltaje e, incumpliendo el contrato, se encuentra fijado a 110v. En la pantalla del ordenador se encuentra pegado un cartel muy evidente que advierte de la necesidad de comprobar el voltaje antes de usar el ordenador. A no hace caso de esta advertencia y enciende el ordenador sin comprobar el voltaje. El ordenador sufre importantes daños cuya reparación supone a A un importe de 1.500 £. El tribunal puede adoptar la postura de que, al menos, la mitad de la culpa es de A y concederle únicamente una indemnización de 750 £»*³⁵⁸.

- Una última situación se produce cuando el daño producido podría haber sido evitado total o parcialmente de haberse adoptado por el acreedor

³⁵⁵ *«El perjudicado no puede percibir una indemnización por las pérdidas resultantes de una acción u omisión propia si con su comportamiento contribuyó al hecho de que se incumpliera el contrato»*, LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, op. cit., p. 655.

³⁵⁶ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, op. cit., p. 655.

³⁵⁷ *«Si el perjudicado, pese a no ser responsable del incumplimiento en modo alguno, aumenta sus efectos adversos, no podrá recuperar el importe de los daños que resulten de pérdidas adicionales»*, LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, op. cit., p. 656.

³⁵⁸ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, op. cit., p. 656.

una conducta razonable para mitigarlo. Es lo que se conoce como “deber de mitigar el daño” o “*duty to mitigate*”, que se regula en el artículo 9:505 y, que será objeto de estudio en el epígrafe siguiente.

En el Comentario del artículo 9:504 se justifica la regulación de las tres situaciones anteriores en dos artículos, afirmando que «*algunos ordenamientos separan dichas situaciones, al menos en lo que se refiere a su naturaleza y desarrollo. Por ejemplo, el ordenamiento inglés considera las dos primeras situaciones como negligencia coadyuvante («contributory negligence»), mientras que la tercera entraría en el denominado incumplimiento del deber de mitigar los daños («failure to mitigate»).* En la mayoría de los ordenamientos jurídicos de la Europa continental no se distingue entre ambos conceptos, pese a que se llega a resultados similares aplicando principios tales como el de la causalidad»³⁵⁹.

El antecedente del artículo 9:504 se encuentra en el artículo 80 de la CISG, que dispone que: «*Una parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de aquélla*»³⁶⁰. En relación al precepto de la CISG, afirman ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS que «parece innecesaria, y que derivaría del principio de buena fe o del principio *venire contra factum proprium*, pero que, no obstante, se quiso incluir para hacerla explícita»³⁶¹.

³⁵⁹ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 655.

³⁶⁰ *Vid.*, sobre el art. 80, entre otros: HONNOLD, J.O., *Uniform Law For International Sales*, Third Edition, Kluwer Law International, 1999, pp. 496 a 500; ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, pp. 246 y 247; SALVADOR CODERCH, P., «Comentario artículos 79 y 80», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Diez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 657 a 659; STOLL, H., «Commentary Art. 79 y 80», en AA. VV., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Second Edition (in translation), (Edited by Peter Schlechtriem), Translates by Geoffrey Thomas, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 627 a 631; TALLON, D., «Commentary Arts. 79 y 80», en AA. VV., *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention*, (By C.M. Bianca y M.J. Bonell, coord. By M.J. Bonell), ed. Giufre, Milan, 1987, pp. 596 a 600.

³⁶¹ ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, p. 246.

A la regulación de las consecuencias en el monto indemnizatorio de las pérdidas causadas por el perjudicado se dedica en los PICC el artículo 7.4.7. intitulado «*Daño parcialmente imputable a la parte perjudicada*»³⁶².

De forma especular al artículo 9:504, el III-3:704 del DCFR titulado «*Loss attributable to creditor*» señala que «*the debtor is not liable for loss suffered by the creditor to the extent that the creditor contributed to the non-performance or its effects*». El Comentario y los ejemplos coinciden literalmente con los del artículo 9:504 de los PECL.

Por lo que respecta a nuestro Derecho, los supuestos en los que la conducta del deudor produce o agrava el daño se han denominado “conurrencia de culpas” y han sido atraídos al campo de la responsabilidad contractual desde la extracontractual. Al respecto, afirma DÍEZ-PICAZO que «la doctrina y la jurisprudencia han estudiado en términos generales el llamado problema de la concurrencia de culpas en el agente productor de un daño y en el perjudicado o sujeto pasivo del mismo, para tratar de decidir si la existencia de culpa del perjudicado excluye la responsabilidad del autor causante del daño o si, por el contrario, en lugar de producir una recíproca compensación de culpas, deben los tribunales según los casos moderar o disminuir la responsabilidad. Este problema, examinado sobre todo en la llamada responsabilidad extracontractual o aquiliana, parece aplicable al caso de la responsabilidad contractual. Naturalmente, tratándose del deudor, deberá examinarse la medida en que el daño es imputable a él. Tratándose del acreedor deberá enjuiciarse el alcance que haya tenido la inobservancia de las cargas que sobre él pesaban»³⁶³.

³⁶² «Cuando el daño se deba en parte a un acto u omisión de la parte perjudicada o a otro acontecimiento por el que esa parte asume el riesgo, la cuantía del resarcimiento se reducirá en la medida en que tales factores hayan contribuido al daño, tomando en consideración la conducta de cada una de las partes». *Vid.*, VIGURI PEREA, A., *Los Contratos Comerciales...*, *op. cit.*, p. 243 y 244.

³⁶³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho...*, *op. cit.*, p. 737. *Vid.*, también CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, *op. cit.*, p. 1257; CRISTÓBAL MONTES, A., *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 276 a 283.

Hasta aquí se ha afirmado que el párrafo tercero del artículo 8:101 y el artículo 9:504 no son más que una manifestación o concreción del principio general de buena fe. Estimando correcto lo anterior, considero interesantes las indicaciones de CARRASCO PERRERA al situar la cuestión del daño imputable al acreedor en la esfera del nexo causal: «el acreedor es el causante de su propio daño cuando éste deriva de su intromisión en el curso causal, determinando directamente la producción o el agravamiento del daño. El acreedor carga con el daño que se produce como consecuencia necesaria de su conducta. Siempre, ciertamente, que el deudor no haya creado la situación de riesgo ilícito, que motivó la conducta del acreedor con ánimo de impedir la realización o agravamiento del daño. O que la situación de riesgo creada por el deudor sea de tal entidad que excluya la relevancia del riesgo a su vez creado por el acreedor. Si la conducta del acreedor no puede ser considerada como la “causa necesaria” de todo el daño, el TS opera en estos casos con el clásico y mal llamado principio de compensación de culpas, distribuyendo el coste del daño de forma discrecional, en función de la ponderación de la entidad del riesgo creado por cada parte»³⁶⁴.

8.2. El deber de mitigar el daño

La mitigación del daño se configura en los PECL, al igual que en el artículos 77 de la CISG³⁶⁵, 7.4.8. de los PICC³⁶⁶ y III-3:705 del DCFR³⁶⁷ como

³⁶⁴ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, op. cit., p. 1257.

³⁶⁵ «La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluso el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debería haberse reducido la pérdida». Vid., sobre el art. 77, entre otros: HONNOLD, J.O., *Uniform Law...*, op. cit., pp. 456 a 464; KNAPP, V., «Commentary Arts. 74 a 77», en AA. VV., *Commentary on the International Sales Law*, The 1980 Vienna Sales Convention, (By C.M. Bianca y M.J. Bonell, coord. by M.J. Bonell), Giufre, Milán, 1987, pp. 559 a 567; OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Aceptación, contraoferta y modificación del contrato de compraventa internacional a la luz del artículo 8 del Convenio de Viena, la indemnización de daños y perjuicios y el “deber de mitigar” “ex” artículo 77 CISG. Comentario a la STS de 28 de enero 2000 (RJ 2000, 454)», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2000, I, número 5, pp. 218 y 219; SOLER PRESAS, A., «Comentario a los artículos 75

un deber, una carga que tiene la parte que sufre el incumplimiento y que deriva de los principios de causalidad y de buena fe contractual. Sobre la naturaleza jurídica y fundamento del deber de mitigar el daño afirma SOLER PRESAS, respecto de la CISG, que resulta predicable de la configuración que del mismo hacen los PECL, que «es un criterio ulterior de delimitación del *quantum respondatur*. Presupone pues la causación fáctica de un daño y la imputación jurídica del mismo al deudor incumplidor, e impone al acreedor del resarcimiento una carga (*onere*) de mitigación del daño ya manifestado y evitación de la propagación de las consecuencias del mismo. No constituye, por tanto, una obligación contractual en sentido estricto, sino una carga o deber (*Obliegenheit*) de cumplimiento jurídicamente inexigible, y cuyo incumplimiento únicamente precluye el resarcimiento de las consecuencias dañinas que la observación del deber podía haber evitado. El fundamento de esta exigencia suele situarse en la buena fe (artículo 7.1 CV), si bien explican con mayor exactitud su funcionamiento razones de política socioeconómica, como son la promoción del uso diligente de los recursos y el desincentivo de actitudes pasivas que permitan el desarrollo de un daño que puede ser razonablemente evitado»³⁶⁸; por su parte, OLIVA BLÁZQUEZ ha afirmado, también en relación al artículo 77 de la CISG, que la mitigación del daño «encuentra su fundamento en los principios de causalidad y buena fe, y se basa en el hecho de que si una parte no ha ejecutado convenientemente sus obligaciones debe responder del

a 77», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), ed. Civitas, Madrid, 1998, pp. 621 a 628; STOLL, H., «Commentary Arts. 74 a 77», en AA. VV., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Second Edition (in translation), (Edited by Peter Schlechtriem), Translates by Geoffrey Thomas, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 585 a 590; VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *Compraventa internacional de Mercaderías. Una Visión Jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 208 y 209.

³⁶⁶ «Atenuación del daño: (1) La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables. (2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento por reducir el daño».

³⁶⁷ «Reduction of loss: (1) The debtor is not liable for loss suffered by the creditor to the extent that the creditor could have reduced the loss by taking reasonable steps. (2) The creditor is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the loss».

³⁶⁸ SOLER PRESAS, A., «Comentario a los artículos 75 a 77»..., *op. cit.*, p. 622.

daño que ha causado»³⁶⁹.

El artículo 9:505 establece que: «(1) *La parte que incumple no responde de las pérdidas sufridas por el perjudicado en aquello que éste hubiera podido mitigar adoptando medidas razonables.* (2) *El perjudicado tiene derecho a recuperar el importe de aquellos gastos razonables que hizo al intentar mitigar el daño*»³⁷⁰.

El anterior precepto consta de dos partes claramente diferenciadas:

- El párrafo primero establece el deber de mitigar el daño propiamente dicho. El supuesto de hecho es que la parte que sufre el incumplimiento no ha adoptado las medidas necesarias para minimizar los daños. La consecuencia jurídica de la anterior inobservancia, es que el acreedor no tendrá derecho a la indemnización de los daños y perjuicios que podía haber evitado con una actuación razonable, lo que provocará una reducción de la indemnización a percibir. En el Comentario del artículo 9:505 se afirma que «*aun en los casos en que el perjudicado no haya influido en el incumplimiento ni en sus efectos, no podrá percibir una indemnización por los daños que podrían haberse evitado de haberse dispuesto las medidas adecuadas. El incumplimiento del deber de mitigar el daño puede proceder de unos gastos innecesarios o irrazonables por parte del perjudicado o de no haber actuado de manera adecuada para reducir las pérdidas o compensar los beneficios*»³⁷¹. Con el deber de mitigar el daño afirman MARSAL GUILLAMET y LAUROBA LACASA que «se pretende tutelar a quien

³⁶⁹ OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Aceptación, contraoferta...», *op. cit.*, p. 218.

³⁷⁰ *Vid.*, sobre el art. 9:505, entre otros: CHENGWEI, L., *op. cit.*, pp. 20 a 24; DíEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 382 y 383; GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual...», *op. cit.*, p. 23; MARI, A., «Commentary Arts. 9:501 a 9:510», en AA.VV., *Principles of European Contract Law and Italian Law*, (edited by Luisa Antonioli y Anna Veneziano) Kluwer Lax International, The Netherlands, 2005, pp. 456 a 458; MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 469; NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento de...», *op. cit.*, pp. 1242 y 1243; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «La moderna regulación de la indemnización...», *op. cit.*, pp. 470 a 474; SOLER PRESAS, A., «La indemnización por resolución...», *op. cit.*, pp. 13 y 14.

³⁷¹ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 656.

ha incumplido»³⁷²; por su parte SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA indica que «es una carga para el acreedor del resarcimiento que persigue potenciar (promover) en él comportamientos económicos sensatos que modulen la indemnización»³⁷³. La carga de mitigar el daño es para el acreedor, pero será el deudor incumplidor el que tiene que probar que se ha incumplido dicho deber, y que, por tanto, la suma indemnizatoria debe ser reducida.

- Por otro lado, el párrafo segundo afirma el derecho del perjudicado por el incumplimiento al importe de los gastos que haya realizado para mitigar el daño. Derecho de reembolso que no está condicionado por la eficacia de las medidas adoptadas para mitigar el daño, pues expresamente se señala que se tendrá derecho sobre los gastos razonables que se realizaron «*al intentar mitigar el daño*». Tanto a los gastos realizados como las medidas adoptadas³⁷⁴ para intentar mitigar los daños se les exige como requisito su razonabilidad. En el Comentario se indica que «ocurre con frecuencia que la parte perjudicada tiene que llevar a cabo algunos gastos para mitigar sus pérdidas. Siempre que se trate de un importe razonable, estos gastos adicionales pueden recuperarse... En ocasiones, una parte puede tomar medidas que, en el momento de adoptarlas, parecen razonables para reducir las pérdidas pero que, en realidad, las aumentan. Será indemnizable la totalidad de la pérdida»³⁷⁵.

³⁷² MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 469.

³⁷³ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «La moderna regulación de la indemnización...», *op. cit.*, p. 470.

³⁷⁴ Compartimos con OLIVA BLÁZQUEZ, F., que el principal problema que plantea el deber de mitigar el daño es delimitar qué medidas podrán ser calificadas como razonables. Al respecto indica dicho autor que «en principio, puede afirmarse que son todas las que un hombre de negocios cauteloso y prudente habría tomado ante una situación similar. Entre ellas la doctrina suele incluir, con carácter totalmente prioritario, la conclusión en forma y tiempo razonable de un negocio de cobertura o reemplazo... Evidentemente, el incumplimiento de la obligación de mitigar los daños se produce tanto cuando no se lleva a cabo ninguna operación de reemplazo, como cuando ésta se realiza de una manera poco razonable y contraria al *ordinary course of business*, por lo que el contratante incumplidor tendrá derecho a exigir incluso en este caso una reducción de la indemnización inicialmente calculada “ex” artículo 76 CISG», «Aceptación, contraoferta...», *op. cit.*, p. 218.

³⁷⁵ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 656.

Lo anteriormente dicho respecto del artículo 9:505 de los PECL, ratifica lo ya indicado por SOLER PRESAS, al comentar la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1994³⁷⁶ -primera que formalmente propone la carga de mitigar los daños-, de que dicha carga «contiene dos reglas básicas: una negativa, que niega el resarcimiento de aquella pérdida que pudo haberse evitado con un esfuerzo razonable, limitando la indemnización al coste de las medidas que debieron ser adoptadas; y otra positiva, que exige el resarcimiento de todos los gastos que la adopción de medidas mitigadoras *ab initio* razonables haya ocasionado, aunque hayan resultado un fracaso»³⁷⁷.

En nuestro Código civil³⁷⁸ no existe un artículo que de forma expresa recoja el deber de mitigar el daño. En la doctrina, Díez-PICAZO, lo describe como «un deber derivado de la buena fe de evitar la extensión de los daños, adoptando para ello las precauciones que la razonable diligencia exige. Por otra parte, es claro que en un caso semejante se introduce un factor que rompe la relación de causalidad, pues el aumento de los daños no es ya una consecuencia directa e inmediata del incumplimiento, sino de la inacción o de la pasividad del acreedor»³⁷⁹. En similares términos CARRASCO PERRERA afirma que «el acreedor está sujeto a la carga de mitigar su daño. El acreedor soporta

³⁷⁶ Sobre la jurisprudencia en torno al deber de mitigar el daño resulta interesante el recorrido que realiza CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, op. cit., pp. 1260 a 1262. También *vid.*, las SSTs citadas por SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «La moderna regulación de la indemnización...», op. cit., p. 470 y 471.

³⁷⁷ SOLER PRESAS, A., «El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS [1.ª] de 15 de Noviembre de 1994)», *Anuario de Derecho Civil*, 1995, p. 967.

³⁷⁸ El deber de mitigar el daño se encuentra expresamente reconocido en el art. 17 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre de Contrato de Seguro: «*El asegurado o el tomador deberá emplear los medios a su alcance para aminorar las consecuencias del siniestro. El incumplimiento de este deber dará derecho al asegurador a reducir su prestación en la proporción oportuna, teniendo en cuenta la importancia de los daños derivados del mismo y el grado de culpa del asegurado...*». Al respecto *vid.*, SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario al artículo 17», en AA. VV., *Ley de Contrato de Seguro, Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, (Fernando Sánchez Calero, director), segunda edición (revisada y puesta al día), Editorial Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 300 a 309.

³⁷⁹ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho...*, op. cit., p. 783 y 784.

el riesgo del daño no mitigado cuando era razonable que lo hiciera, pero deberá ser resarcido de los costes incidentales en que razonablemente haya incurrido en cumplimiento de la carga de mitigar. En el Derecho común, el fundamento último de esta carga se encontró en la regla de Derecho de que *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire* (Dig. 50, 17, 203). Hoy podemos considerar esta carga como concreción del principio de buena fe contractual»³⁸⁰.

Finalmente debe indicarse que el deber de mitigar el daño ha sido acogido en el PMCC, cuyo artículo 1211 establece que: «*no responderá el deudor del daño que el acreedor hubiera podido evitar o reducir adoptando para ello las medidas requeridas por la buena fe, pero deberá resarcir los gastos razonablemente ocasionados al acreedor con tal fin, aunque las medidas hayan resultado infructuosas*»³⁸¹. Dicho artículo se pronuncia en sentido similar al 9:505 de los PECL.

³⁸⁰ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, op. cit., p. 1259.

³⁸¹ En relación al art. 1211 de la PMCC afirma XIOL RÍOS, J.A., que «configura una causa de exoneración de responsabilidad fundada también en un criterio de imputación objetiva, cuál es la circunstancia del incumplimiento por parte de la víctima del deber de evitar o reducir el daño con el consiguiente derecho a resarcirse que los gastos sufridos», «Criterios de imputación...», op. cit., p. 8.

CONCLUSIONES

I.- El punto de partida del actual proceso de uniformización y armonización del Derecho Contractual Europeo se encuentra en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, que representa una nueva construcción del Derecho de los contratos que ha servido como modelo además de para la redacción de las reglas contenidas en los PICC y de los PECL, para la adecuación, en algunos casos por vía jurisprudencial, de las vetustas reglas de los Códigos civiles decimonónicos a las actuales necesidades del tráfico.

II.- En el proceso de construcción del Derecho Privado Europeo han tenido un papel protagonista el Parlamento Europeo y la Comisión que, desde finales de la década de los 80, conscientes de que las innumerables Directivas dictadas no habían logrado un grado de armonización satisfactorio, han impulsado el debate sobre la necesidad de encontrar otras vías más adecuadas para conseguir la unificación del Derecho Privado Europeo. El Parlamento Europeo se mostró excesivamente ambicioso en su Resolución de 26 de mayo de 1989, donde se instaba a la Comisión la elaboración de un “Código Europeo Común de Derecho Privado”. Analizados los impulsos y esfuerzos realizados por las Instituciones Comunitarias y por innumerables grupos de expertos implicados durante más de 20 años, puede concluirse que los réditos obtenidos han sido pobres en atención al reto inicialmente propuesto. Y ello porque el inicial objetivo codificador del Derecho privado fue contraído al Derecho contractual, para finalmente limitarse en la actualidad a las transacciones transfronterizas de compraventa de bienes, de suministro de contenidos digitales y de prestación de servicios relacionados en el instrumento facultativo de la CESL.

III.- No es posible entender la historia del proceso de construcción del Derecho Privado Europeo sin destacar la importancia del papel desempeñado por la doctrina jurídica y los trabajos e investigaciones de los grupos académicos que, incluso antes de la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989, ya habían concentrado sus esfuerzos en el ámbito del Derecho Europeo de los contratos. Tras dicha Resolución, han ido caminando de la mano de las Instituciones Comunitarias, complementando y aportando ideas a lo largo de todo el proceso. Son diversos los grupos de investigadores que con diferentes metodologías y resultados han elaborado interesantes trabajos con el fin de construir un Derecho Privado Europeo, entre los que deben destacarse: la “Comisión de Derecho Contractual Europeo” (Comisión Lando), el “Grupo de Pavía”, el “Proyecto de Trento”, el “Grupo de Estudio de un Código Civil Europeo (Proyecto VON BAR)” y el “Grupo Acquis Communautaire”.

IV.- La “Comisión Lando”, que se encuentra integrada por académicos pertenecientes a los distintos Estados miembros de la Comunidad Europea, sin carácter oficial ni mandato representativo de ningún tipo, constituye el primer grupo de trabajo sobre el Derecho Europeo. Con el único fin de hacer una propuesta sobre el Derecho de contratos más apropiado para Europa, ha dirigido sus esfuerzos a la elaboración de los PECL, principios o reglas comunes y generales del Derecho contractual europeo, que son el resultado del núcleo común de las soluciones de los problemas que surgen en el campo contractual. Debe tenerse presente que no sólo se ha limitado a recopilar soluciones sino que también tiene un marcado carácter progresista, en el sentido de evolucionar las soluciones existentes, bien por no considerarlas totalmente satisfactorias, o por no responder adecuadamente a las actuales necesidades del tráfico.

Muchas de las soluciones adoptadas por los PECL han sido tomadas de la CISG y han calado igualmente en el texto del DCFR, lo que hace que la importancia de los PECL sea doble, pues no sólo constituyen el primer ejercicio

Conclusiones

académico de elaboración de un *soft law* europeo de los contratos, sino que sus soluciones continúan estando vigentes por haber sido adoptadas de forma especular por el DCFR, que constituye el último esfuerzo de la doctrina europea en *pro* del Derecho Privado Europeo.

V.- La uniformización y armonización del Derecho contractual europeo ha provocado que nos encontremos ante un momento histórico de modernización de dicho Derecho al que no han sido impermeables los Derechos nacionales. Concretamente, debe destacarse la influencia de dicho proceso en nuestro Derecho, tanto a nivel jurisprudencial, como prelegislativo y, finalmente, en los trabajos e investigaciones de nuestra doctrina.

VI.- Los PECL adoptan un sistema de responsabilidad contractual en un sentido *lato*, que comprende tanto el deber de indemnizar los daños y perjuicios como la puesta en funcionamiento de todos los demás remedios contractuales.

VII.- Los PECL dedican los Capítulos 8 y 9 al incumplimiento y a los medios de tutela de que dispone la parte que sufre el incumplimiento. La interpretación conjunta de los artículos que integran dichos Capítulos pone de manifiesto que la “Comisión Lando”, influenciada por la CISG, optó por llevar a cabo una regulación de su sistema de responsabilidad contractual basado en tres características principales: la unificación del concepto de incumplimiento, la responsabilidad objetiva como modelo al margen de la culpa y un sistema unitario y armonizado de remedios. Tales características derivan de la forma de configurar la obligación contractual.

VIII.- La clave de bóveda de todo el sistema de responsabilidad contractual diseñado por los PECL, se encuentra en la configuración del contrato como garantía de la obtención de la satisfacción del acreedor, como garantía de un resultado. El deudor deberá desplegar una actividad lo

Conclusiones

suficientemente apropiada para que el acreedor obtenga la plena satisfacción de su interés. Esta forma de concebir el contrato implica el reparto o la distribución entre las partes contratantes del riesgo de insatisfacción del acreedor.

IX.- El incumplimiento constituye el presupuesto-eje del sistema de responsabilidad contractual. Todos los remedios tienen como elemento previo, básico y esencial que se produzca un incumplimiento del contrato, que se constituye en condición desencadenante de aquéllos. También se distingue el incumplimiento por su carácter omnicomprendivo, ya que engloba cualquier falta de efectiva ejecución del contrato, con independencia de que sea excusable o no, total o parcial. Es incumplimiento toda ausencia de realización del fin del contrato. Los PECL otorgan un mismo tratamiento al incumplimiento definitivo, al cumplimiento defectuoso, a la violación de derechos accesorios y a la mora *debitoris*. Igualmente, quedan incluidos en el término incumplimiento la falta de colaboración del acreedor y la mora *creditoris*. En definitiva, ofrecen un concepto flexible del incumplimiento, que permite dar cabida a todos los supuestos de insatisfacción del acreedor. Por quedar incluidos en el concepto de incumplimiento, en los PECL desaparecen las figuras del saneamiento por evicción y por vicios ocultos como regímenes de responsabilidad especial del contrato de compraventa.

X.- El modelo de responsabilidad contractual de la “Comisión Lando” es objetivo, se construye al margen de la culpa. Tiene su fundamento en el hecho mismo del incumplimiento. Como regla general, habrá incumplimiento cuando no se logre el resultado garantizado por el deudor y previsto en el contrato, con independencia de cuál haya sido la conducta del deudor. Lo anterior no debe llevarnos al error de considerar que toda falta de satisfacción del interés del acreedor constituye un incumplimiento. La responsabilidad contractual tiene sus límites, a los que hemos denominado “causas de atenuación de responsabilidad”, que no se inspiran en la ausencia de culpa del deudor en el incumplimiento, sino en atención a la existencia de circunstancias o hechos que

Conclusiones

impiden el cumplimiento del contrato por encontrarse fuera de la esfera de control del deudor. El hecho de que en los supuestos de incumplimiento justificado o excusable no se pueda acudir a todos los remedios establecidos en el párrafo primero del artículo 8:101, no supone una atenuación o quiebra del fundamento objetivo de la responsabilidad, sino una limitación de los medios de tutela a los que puede acudir la parte perjudicada. Dicha limitación encuentra su justificación en que la prestación no pudo ser llevada a cabo debido a causas que la parte que debió realizarla no pudo prever, o aun siendo previsibles, no pudieron ser superadas (artículo 8:108).

XI.- Los PECL articulan un sistema unitario y armonizado de remedios para el caso del incumplimiento. Son: la pretensión de cumplimiento, la excepción de incumplimiento, la resolución, la reducción del precio y los daños y perjuicios. Todos se encuentran regulados en el Capítulo 9, e integran un sistema armonizado de remedios en lo sustancial y también en lo estructural. Su caracterización como unitario y armonizado, no es más que el corolario, o el resultado final de la suma de un concepto unitario del incumplimiento y de un sistema de responsabilidad objetiva.

XII.- El artículo 8:101, que constituye el pilar normativo básico sobre el que se sustenta y del que deriva todo el sistema de responsabilidad contractual de los PECL, establece los presupuestos que en líneas generales deben concurrir para que la parte perjudicada pueda acudir a los diversos medios de defensa de su derecho de crédito lesionado. De que el incumplimiento sea excusable, inexcusable o imputable en todo o en parte al perjudicado, va a depender la amplitud y extensión del abanico de remedios de los que podrá disponer el acreedor. El incumplimiento justificado exonera que se pueda exigir el cumplimiento específico y la indemnización, pero no de responder ante los otros remedios. En todo caso, el efecto principal que produce el incumplimiento justificado podría definirse como una exoneración parcial de la responsabilidad contractual, o como una limitación cualitativa de los medios de protección del crédito.

Conclusiones

XIII.- En relación a la posición de la indemnización de los daños y perjuicios y de la pretensión de cumplimiento dentro del sistema de responsabilidad contractual, los PECL adoptan una solución de compromiso entre los sistemas de *Civil Law* y de *Common Law*, al combinar elementos de ambos sistemas.

XIV.- La indemnización de los daños y perjuicios en los PECL puede ser definida como el derecho a obtener una compensación pecuniaria como consecuencia de los daños patrimoniales o no patrimoniales, ya sean presentes o futuros, padecidos por una parte del contrato por el incumplimiento inexcusable de la otra o de sus auxiliares.

XV.- La indemnización de los daños y perjuicios tiene como función la de situar al sujeto dañado por el incumplimiento en la misma situación en la que se hubiera encontrado de no haberse producido el hecho dañoso, eliminando los efectos perjudiciales del incumplimiento. Cumple así una función exclusivamente indemnizatoria, compensatoria o reparadora.

XVI.- El artículo 9:501 establece las bases de la exigencia de los daños y perjuicios, ofreciendo las condiciones o los presupuestos sustantivos que han de concurrir para su reclamación: incumplimiento inexcusable, daño y nexo causal.

XVII.- El requisito del daño es la pieza clave, el presupuesto imprescindible para que se ponga en marcha el remedio de la indemnización. Cualifica y distingue a la indemnización de daños y perjuicios de los demás remedios que se integran dentro de sistema de responsabilidad contractual de los PECL.

Conclusiones

Constatada la existencia de los daños, procede evaluar cuáles de ellos se integran dentro del concepto de daño indemnizable, hasta dónde se debe indemnizar y cómo deben ser indemnizados. A lo anterior, tratan de dar respuesta los artículos 9:502 al 9:510 de los PECL., que tienen como finalidad propia el establecimiento de las reglas para el cálculo del monto y el alcance de los daños que en su caso proceda indemnizar.

XVIII.- Debe distinguirse entre el daño jurídico y daño resarcible o indemnizable. El daño jurídico se corresponderá con todo menoscabo o desventaja que sufra una persona en sí misma o en su patrimonio como consecuencia del incumplimiento inexcusable del contrato. Se correspondería con el daño en bruto, que es contemplado en el párrafo primero del artículo 9:501 de los PECL. En cambio, el daño resarcible o indemnizable, sería un daño jurídico, que en principio se configura como más limitado que éste, un subtipo del daño jurídico. Es decir, el daño que efectivamente será resarcido, y que vendrá representado por todas las pérdidas sufridas a consecuencia del incumplimiento, una vez pasadas por el filtro del *test* de previsibilidad del artículo 9:503, de las pérdidas imputables a la parte perjudicada del artículo 9:504, y de la obligación de mitigar el daño del artículo 9:505. El daño resarcible se correspondería con el daño neto. De ello se colige que el carácter indemnizable del daño deriva de circunstancias extrínsecas a él, que tendrán que ser analizadas en cada supuesto de incumplimiento injustificado.

XIX.- De la combinación de sus artículos 9:501 y 9:502 se extrae que con la expresión daños y perjuicios se hace referencia a cualquier tipo de consecuencia perjudicial, menoscabo o detrimento, ya sea patrimonial o no patrimonial, presente o futuro, directo o indirecto, que sufre una parte contratante derivada de un incumplimiento injustificado del contrato. Se comprende como daño patrimonial, tanto las pérdidas sufridas -daño emergente-, como a las ganancias dejadas de obtener -lucro cesante-, y por daño no patrimonial, los sufrimientos, molestias o daños morales. Por tanto, el concepto de daños y perjuicios que acogen los PECL, al igual que el DCFR, es

Conclusiones

omnicomprensivo, es decir, son susceptibles de protección tanto las cosas materiales -pérdidas pecuniarias o daños patrimoniales-, como los denominados bienes de la personalidad -pérdidas no pecuniarias, o también denominados daños morales-, entre los que se encuentran, entre otros, la propia imagen, la libertad, la salud y el honor.

XX.- Resulta de fundamental importancia para el buen fin del remedio indemnizatorio, la existencia y prueba del daño, ya que sin él no existe nada que indemnizar; siendo presupuesto esencial que sea real y cierto y que quede probado.

La certeza del daño equivale a daño real, daño existente, no hipotético ni imaginario. De que el daño sea cierto derivará que pueda ser probado. Cuando se hace referencia al grado razonable de certeza, se hace en relación sólo de los futuros daños, dejando fuera de dicha razonabilidad a los presentes, exigiéndose para éstos la absoluta certeza. El inciso final del artículo 9:501 dispone que serán indemnizables las pérdidas futuras que puedan producirse de forma «*previsible y razonablemente*».

Directamente conectada con la cuestión de la certeza del daño, se encuentra su prueba, que se constituye como presupuesto ineludible para la indemnización.

XXI.- En los PECL existe un único régimen de la obligación de indemnizar, en el que el valor de la prestación o *aestimatio rei* sería la primera partida a indemnizar junto con los ulteriores daños que el incumplimiento pudiera haber provocado en la esfera de intereses del acreedor.

XXII.- La reparación integral del daño o *full damages rule* es el principio rector del cálculo de los daños y perjuicios. El párrafo primero del artículo 9:502 establece la regla general de que la parte que sufre los daños derivados del incumplimiento tiene derecho a ser situada en una posición lo más parecida

posible a la que tendría en caso de que el contrato se hubiese ejecutado en los términos pactados. De lo anterior deriva que la medida, o el interés protegido, por la indemnización de daños y perjuicios sea el interés en el cumplimiento o interés contractual positivo del acreedor.

XXIII.- Los PECL reconocen expresamente dos fórmulas de cálculo del daño, una concreta, en el artículo 9:506, y otra abstracta, en los artículos 9:507 y 9:508. Los tres preceptos citados disponen en su parte final, como cláusula de cierre, un sistema concreto del daño.

Al margen de los tres preceptos anteriores, los PECL no proporcionan ningún criterio general sobre cómo proceder para concretar la reparación integral del daño en una cantidad pecuniaria. Del estudio de su articulado, y siguiendo el planteamiento realizado para la responsabilidad extracontractual por un sector de nuestra doctrina, considero que el criterio general adoptado para el cálculo o medida de la indemnización es el del daño subjetivo y real-concreto, que implica que se tengan siempre en consideración las específicas circunstancias del concreto dañado. Difícilmente podrá obtenerse la íntegra satisfacción del interés del acreedor lesionado, si no se tienen en cuenta las específicas circunstancias del mismo.

XXIV.- Para la distinción entre los daños patrimoniales y los no patrimoniales resulta necesario conectar el menoscabo o detrimento con el carácter patrimonial o no del interés insatisfecho, es decir, con lo que es objeto del perjuicio. Cuando se produce el incumplimiento de un contrato decimos que se ha lesionado el interés del perjudicado, que debe ser tutelado ante las vulneraciones y quebrantos de sus intereses. Cuando hacemos referencia al interés de un contratante, nos estamos situando en la esfera de la satisfacción que una persona espera obtener respecto de algo, que puede ser un bien material o inmaterial. Ante un menoscabo o perjuicio que produce un daño, tenemos que calificar el tipo de interés. Lo que otorga carta de naturaleza al

Conclusiones

daño patrimonial o no patrimonial no es el objeto sobre el que recae el interés, sino el interés mismo.

XXV.- Las partidas que se integran dentro del daño patrimonial son el daño emergente, constituido por las pérdidas sufridas en el patrimonio de la parte perjudicada; el lucro cesante, que aglutina los ingresos o ganancias de las que dicha parte ha sido privada, y el daño *propter rem ipsam nom habitam*, o lo que es lo mismo, el valor de la prestación incumplida.

XXVI.- Los PECL no sólo admiten expresamente la indemnización del daño no patrimonial en el párrafo segundo del artículo 9:501, sino que, en su Comentario, adoptan un concepto amplio, lo que se pone de manifiesto no sólo en la extensión objetiva del mismo, sino también en la subjetiva, lo que supone una importante diferencia respecto al silencio o limitada admisión del daño no patrimonial en los Códigos civiles europeos.

XXVII.- Fruto de una larga evolución, nuestra jurisprudencia y la mayoría de la doctrina admiten la indemnización de los daños morales contractuales. Se concibe el daño moral como engullidor de todas aquellas consecuencias patológicas no patrimoniales que se deriven del incumplimiento del derecho de crédito con independencia del bien jurídico lesionado. Concepción del daño que se denomina «subjetiva-consecuencialista» o «daño-consecuencia».

El paso de los años ha generado una inclusión cada vez más amplia por parte de la jurisprudencia de lesiones o perjuicios cobijados bajo la denominación de daños morales, que provoca que los contornos sobre los que se construían tales daños hayan quedado desdibujados y superados, lo que exige una reconstrucción de su propio concepto, o, incluso, como aquí se sostiene, la superación de la denominación de daños morales por la más

Conclusiones

amplia y adecuada a lo que realmente se está indemnizando, de daños no patrimoniales o no pecuniarios.

XXVIII.- En la actualidad los problemas relativos al daño no patrimonial no giran en torno a su carácter indemnizable, sino en relación a su alcance, a su amplitud y límites. En clave de los postulados de los PECL, puede resultar apropiado para discernir cuándo nos encontramos ante una afección protegible, el empleo del “criterio de la razonabilidad” o de “la relevancia”; por lo que sólo resultarían indemnizables aquellos impactos no patrimoniales que sufra el acreedor y que superen tales criterios atendidas todas las circunstancias concurrentes.

XXIX.- En el párrafo segundo del artículo 9:501 de los PECL expresamente se afirma que serán indemnizables las pérdidas futuras. El daño presente es un daño en “acto”, que se produce en cualquier momento del iter procesal; y el daño futuro es un daño en “potencia”, que aún no habiendo desplegado sus efectos perniciosos, resulta razonablemente posible que lo haga con posterioridad.

XXX.- Una última concreción del principio de reparación integral del daño se encuentra en el Comentario del artículo 9:502 de los PECL, cuando incluye como una partida indemnizatoria más las pérdidas indirectas o *consequential loss*. La distinción entre los daños directos e indirectos se efectúa desde el punto de vista de los efectos o las consecuencias del incumplimiento del contrato. De tal forma que son directos los que se producen como consecuencia inmediata del incumplimiento, siendo los indirectos los que se producen como consecuencia remota del mismo, que no lesionan la prestación en sí misma.

Conclusiones

XXXI.- Una vez constatada la existencia de un incumplimiento injustificado y la producción de daños, se deben realizar, en orden a la atribución de las consecuencias lesivas del incumplimiento y sus límites al patrimonio del deudor, tres juicios sucesivos: el juicio de causalidad fáctica o vínculo causal, el de imputación objetiva y el del test de previsibilidad.

XXXII.- El nexo de causalidad tiene como misión determinar la existencia de la conexión entre el incumplimiento y el daño, y, por tanto, nos encontramos ante una cuestión puramente de hecho. La referencia al nexo de causalidad se encuentra contenida en la palabra “*caused*” del párrafo primero del artículo 9:501, que establece que *«la parte perjudicada tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios respecto de las pérdidas sufridas a consecuencia del incumplimiento de la otra parte»*. Es por ello que el primer juicio o test que debe superar un daño para que sea indemnizado es que sea causado o consecuencia del incumplimiento, siendo seguido por el de imputación objetiva y, posteriormente, por el de la previsibilidad, en función de cuál sea la conducta del deudor en el incumplimiento.

XXXIII.- El artículo 9:503 de los PECL aborda la cuestión de la imputación objetiva del daño al deudor que incumple, debiendo distinguirse dos niveles o grados de imputación. Por orden cronológico, en un primer nivel operarían los criterios de imputación objetiva propiamente dichos, a saber: el riesgo general de la vida, la prohibición de regreso, la provocación, el incremento del riesgo, el fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad y el de adecuación. Y, en un segundo nivel, una vez superado el anterior, el test de previsibilidad. Este segundo nivel de imputación, o de limitación de los daños resarcibles, sólo opera respecto del deudor ordinario. La exclusión del test de previsibilidad para aquellos deudores que de forma intencional o deliberada, o con negligencia grave, incumplan el contrato, no contradice que en los PECL nos encontremos ante un sistema de responsabilidad objetiva. La conducta del deudor ante el incumplimiento se toma en cuenta, siempre dentro de los daños objetivamente imputables.

XXXIV.- Finalmente, la delimitación del *quantum respondatur* debe ser analizada a través de los artículos 9:504 y 9:505. El primero de ellos mantiene que la parte perjudicada no podrá ser resarcida por las pérdidas provocadas o agravadas de forma irrazonable por su propio comportamiento; refiriéndose el segundo de ellos al deber del acreedor de mitigar el daño.

BIBLIOGRAFÍA

ABASCAL ZAMORA, J.M., «Los Principios sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT», *Derecho de los Negocios*, 1997, número 81, pp. 11 a 24.

ACHÓN BRUÑÉN, M^a.J., *La ejecución dineraria. Cuestiones conflictivas*, Sepin, Madrid, 2009.

ADAME GODDARD, J., *Estudios sobre la compraventa internacional de mercaderías*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991.

- «Hacia un concepto de contrato (o la interpretación de la palabra “contrato” en los principios de unidroit)», en AA. VV., *Contratación Internacional, Comentario a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1998, pp. 15 a 32.

ALBALADEJO GARCÍA, M., «Comentario a los artículos 1.152 a 1155 del Código Civil», en AA. VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dirigido por Manuel Albaladejo), Tomo XV, Volumen 2º, Edersa, Madrid, 1983, pp. 449 a 493.

- «Comentario al artículo 1.100 del Código Civil», en AA. VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dirigido por Manuel Albaladejo), Tomo XV, Volumen 1º, Edersa, Madrid, 1989, pp. 353 a 374.

- *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones, Volumen primero. La obligación y el contrato en general*, 10ª ed., Bosch, Barcelona, 1997.

- «Los daños indemnizables en la responsabilidad contractual y en la extracontractual o aquiliana», en AA. VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luís Díez-Picazo*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1251 a 1274.

ALBIEZ DOHRMANN, K.J., «La modernización del derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del derecho privado», *Revista de Derecho Privado*, 2002, pp. 187 a 206.

ALFARO AGUILA-REAL, A., «La unificación del derecho privado en la Unión Europea: perspectiva», en AA. VV., *Derecho Privado Europeo*, (coordinado por Sergio Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2003, pp. 107 a 128.

ALPA, G., «Il codice civile europeo: “e pluribus unum”», *Contratto e impresa/Europa* (2), 1999, pp. 695 a 710.

- «Derecho privado europeo: bases establecidas y planes de acción», *Revista de Derecho Privado*, Marzo-Abril, 2003, pp. 209 a 234.

ALPA, G.; DELFINO, R., *Il contratto nel Common Law inglese*, 3ª ed., Cedam, Padova, 2005.

ALPA, G., GIAMPIERI, A., *Law and economics method analysis: the contractual damages issue*, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/alpa.hym1>.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Derecho Internacional Privado y Derecho Privado Europeo», en AA. VV., *Derecho Privado Europeo*, (coordinado por Sergio Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2003, pp. 157 a 189.

ÁLVAREZ OLALLA, P., «Comentario a los artículos 1.108 y 1.010 del Código Civil», en AA. VV., *Comentario al Código Civil*, (coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 1294 a 1300.

ÁLVAREZ VEGA, M.I., «Régimen jurídico de la prestación defectuosa. Significación del principio de falta de conformidad en derecho europeo», en AA. VV., *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, (editores Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 321 a 332.

ÁLVAREZ VIGARAY, R., «La responsabilidad por daño moral», *Anuario de Derecho Civil*, 1966, pp. 81 a 116.

ANDREU MARTÍNEZ, B., «"Incumplimiento anticipado": regulación en los principios de derecho contractual europeo y soluciones a la vista del código civil español», en AA. VV., *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, (editores Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 333 a 340.

ANNIBALETTI, D., «Il futuro codice europeo delle obbligación e dei contratti: un incontro di studio a Pavía», *Jus*, número 85, 1992, pp. 85 a 88.

ANTONIOLLI, L., VENEZIANO, A., *Principles of European Contract Law and Italian Law*, Kluwer Lax International, The Netherlands, 2005.

ARANA DE LA FUENTE, I., «Responsabilidad contractual e indemnización de daños y perjuicios: la prueba de los daños en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», en AA. VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luís Díez-Picazo*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1353 a 1396.

ARROYO I AMAYUELAS, E., «La contribución al marco común de referencia de los principios de derecho contractual comunitario», en AA. VV., *Derecho Privado Europeo: estado actual y perspectivas de futuro*, (coordinadores Mª del R. Díaz Romero y otros), Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 49 a 157.

- «Hacia un derecho contractual más coherente: La sistematización del acervo contractual comunitario», en AA. VV., *Derecho Contractual Europeo*, (director Esteve Bosch Capdevila, coordinador Decanato del Colegio de Registradores de Catalunya), Editorial Bosch, Barcelona, 2009, pp. 209 a 238.

ARROYO I AMAYUELAS, E.; VAQUER ALOY, A., «Un nuevo impulso para el derecho privado europeo», *La Ley*, número 5482, 2002, http://authn.laley.net/hdiario/2002/diario_0214_docl.html, pp. 1 a 18.

- «Textos básicos de derecho privado europeo, *acquis communautaire* y derecho civil futuro», en AA. VV., *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, (editores Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 639 a 664.

ATYAH, P.S., *An Introduction to the Law of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 5ª ed., 1989.

AUDIT, B., *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, L.G.D.J., París, 1990.

BACHER, K., EBERSTEIN, «Commentary Art. 78», en AA. VV., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Second Edition (in translation), (Edited by Peter Schlechtriem, Translates by Geoffrey Thomas), Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 591 a 599.

BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987.

- *Dret d'obligations*, Edicions Universitat Barcelona, Barcelona, 1990.

BARCELLONA, P., «Soggetti e tutele nell'epoca del mercato europeo/mondiale», en AA. VV., *Diritto Privato Europeo e Categorie Civilistiche*, (a cura de Nicolò Lipari), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, pp. 65 a 71.

BARRERA GRAF, J., «La reglamentación Uniforme de las compraventas internacionales de mercaderías (hacia un Derecho internacional del Comercio)», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 1, 1968, pp. 15 a 44.

- «Prólogo», en GARRO A.M., ZUPPI A.L., *Compraventa internacional de mercaderías*, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 1990, pp. 9 a 12.

BARRIENTOS ZAMORANO, M., *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007.

BEALE, H., *Remedies for Breach of Contract*, Sweet&Maxwell, London, 1980.

- «Towards a Law of Contract for Europe: the work on the Commission on European Contract Law», en AA. VV., *National and European Law on the Threshold to the single Market*, (Weick, G., dir.), Peter Lang, Frankfurt, 1993, pp. 177 a 196.

- «The future of the Common Frame of Reference», *European Review of Contract Law*, 3/2007, pp. 257 a 276.

BELTRAN DE HEREDIA Y ONIS, P., *El incumplimiento de las obligaciones*, Edersa, Madrid, 1990.

- BENACCHIO, G.A., PASA, B.,** *A Common Law for Europe*, Central European University Press, Budapest-New York, 2005.
- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R.,** «Codificación Civil y Codificación Mercantil: la reforma del derecho de obligaciones», en AA. VV., *Centenario del Código Civil*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, T. I, Madrid, 1990, pp. 287 a 323.
- «Comentario a la Sentencia de 15 de Noviembre de 1994», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia*, 38/1019, pp. 549-563.
- BIANCA, C.M.,** *Dell'inadempimento delle obbligazioni: art. 1218-1229*, 2ª edición, Nicola Zanichelli, Bologna, 1979.
- *Diritto Civile*, vol. V (*La responsabilità*), Giuffrè Editore, Milano, *Ristampa* de 1997
- BLANCO GÓMEZ, J.J.,** *La Cláusula Penal en las Obligaciones Civiles: Relación entre la Prestación Penal, La Prestación Principal y El Resarcimiento del Daño*, Dykinson, Madrid, 1996.
- BLASE, F., HÖTTLER, P.,** *Remarks on the Damages Provisions in the CISG, Principles of European Contract Law (PECL) and UNIDROIT Principles Commercial Contracts (UPICC)*, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp74.htm1>.
- BORRELL MACIÀ, A.,** *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*, Barcelona, 1942.
- BOGGIANO, A.,** *Contratos Internacionales*, Depalma, Buenos Aires, 1990.
- *Curso de Derecho Internacional Privado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.
- BORREL MACIA, A.,** «Hacia una responsabilidad sin culpa», *Revista de Derecho Privado*, 1951, pp. 109 a 127.
- BOCHICCHIO, F.,** «Rapporti tra l'ordinamento comunitario e l'ordinamento interno ed i limiti dell'ordine pubblico», *Contratto e impresa/Europa* (2), 1999, pp. 793 a 815.
- BONELL, M.J.,** *Le Regole Oggettive del Commercio Internazionale, Clausele Tipiche e Condizioni Generali*, Giuffrè Editore, Milano, 1976.
- *Un "Codice" Internazionale del Diritto dei Contratti*, Giuffrè Editore, Roma, 1995.
- «Il progetto dell'Unidroit per la elaborazione di principi per i contratti commerciali internazionali», en AA. VV., *Principi per i contratti commerciali internazionali e il sistema giuridico latinoamericano*, (a cura di M.Joachin Bonell-Sandro Schiapini), Cedan, Milano, 1996, pp. 9 a 19.
- «The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?», *Uniform Law Review*, 26, 1996, pp. 229 a 246.
- *An Internacional Restatement of Contract Law*, 2nd ed., Translational Publishers, Inc, New York, 1997.

- «I Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali: un approccio nuovo alla disciplina dei contatti internazionali», in AA. VV., *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit*, (a cura di Michael J. Bonell e di Franco Bonelli), Giuffrè Editore, Milano, 1997, pp. 7 a 19.
- «Verso un codice europeo dei contratti?», *Europa e Diritto Privato*, 1/1998, pp. 171 a 191.
- *A New Approach to International Commercial Contracts. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Edited by Michael Joachim Bonell, Kluwer Law International, London, 1999.
- *I Principi Unidroit nella Practica*, Giuffrè Editore, Milano, 2002.
- «I Principi UNIDROIT 2004: una nuova edizione dei Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali», *Diritto del Commercio Internazionale*, Luglio-Settembre, Giuffrè Editore, Milano, 2004, pp. 535 a 573.
- BONELLI, F.**, «La responsabilità per dani», in AA. VV., *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit*, (a cura di Michael J. Bonell e di Franco Bonelli), Giuffrè Editore, Milano, 1997, pp. 308 a 338.
- BONVICINI, E.**, *Il danno a persona, il danno risarcibile e il suo accertamento*, Giuffrè Editore, Milano, 1958.
- BORTOLOTTI, F.**, «Le clausole di forza Maggiore nei contratti internazionali, con particolare riferimento alla ICC force majeure 2003», *Diritto del Commercio Internazionale*, Gennaio-Marzo, Giuffrè Editore, Milano, 2004.
- BOSCH CAPDEVILLA, E.**, *Nuevas Perspectivas del Derecho Contractual*, AA. VV., (Esteve Bosch Capdevila Director, Bosch, Barcelona, 2012.
- BRADFORD STONE**, *Uniform Commercial Code (in a nutshell)*, Sixth Edition, Thonson West, 2002.
- BRANCHIO, E.C.**, «Principios aplicables en materia de Caso Fortuito o Fuerza Mayor», in AA. VV., *Principi per i contratti commerciali internazionali e il sistema giuridico latinoamericano*, (a cura di M. Joachim Bonell-Sandro Schiapini), Cedan, Milano, 1996, pp. 291 a 306.
- «Introduzione», in AA. VV., *Convegni di Studio per la Redazione del Progetto di un Codice Europeo dei Contratti*, Pavia, 1992-1994, (a cura di Peter Stein), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1996, pp. 7 a 11.
- BRÜGGEMEIER, G., COLOMBI CIACCHI, A., O'CALLAGHAN, P.**, *Personality Rights in European Tort Law*, Cambridge University Press, 2010.
- BUSSANI, M.**, «Il nucleo comune del diritto privato europeo (un progetto dell'Università di Trento)», in AA.VV., (dir. Rizzo, V.), *Diritto Privato comunitario. Fonti, Principi, Obbligazioni e contratti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997, pp. 126 a 136.
- «Integrative' Comparative Law Enterprises and the Inner Stratification of Legal Systems», *European Review of Private Law*, 8/1, 2000, pp. 85 a 99.

- BUSSANI, M., MATTEI, U.**, «The Common Core Approach to European Private Law», *Columbia Journal of European Law*, número 3, 1997-1998, pp. 339 y ss. (consultado en <http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core/approach.html>).
- *Making European Law. Essays on the "Common Core" Project*, Università degli Studi di Trento, 2000.
- *The Common Core of European Private Law. Essays on the Project*, Kluwer, The Hague/London/New York, 2002.
- BUSSANI, M., PALMER, V.V.**, *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge University Press, 2003.
- BUSCH, D.**, «The Principles of European Contract Law before the Supreme Court of the Netherlands- On the Influence of the PECL in Dutch Legal Practice», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 3/2008, pp. 549 a 562.
- BUSINELLI, F.D.**, «Frontiere europee della responsabilità civile», en AA. VV., *Diritto Privato Europeo e Categorie Civilistiche*, (a cura de Nicolò Lipari), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, pp. 83 a 96.
- CABALLERO LOZANO, J.M^a.**, «Mora del deudor y mora del acreedor», en AA. VV., *Código Europeo de Contratos*, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), Tomo II, Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, (dirigido. por Carlos Vattier, José M^a. de la Cuesta y José M^a Caballero), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 393 a 416.
- CABANAS TREJO, R.**, «La unificación europea en materia contractual con especial referencia a las cláusulas abusivas», *La Unificación Jurídica Europea*, en AA. VV., Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP, (director José Manuel García Collantes), Civitas, Madrid, 1999, pp. 165 a 187.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A.**, «Comentario al artículo 28», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido. y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 229 a 234.
- CABELLA PISU, L.**, «La responsabilidad contractual en common law», en AA. VV., *Atlas de Derecho Privado Comparado*, (coordinado por Francesco Galgano, trad. Fernández Campos y Verdera Server), Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000, pp. 225 a 242.
- CAFFARENA LAPORTA, J.**, «Comentario artículo 2», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 59 a 67.
- CALVO CARAVACA, A.L.**, «Comentario artículo 1», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 45 a 59.

- «Comentario artículo 7», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 102 a 113.

- «Comentario al artículo 28», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 560 a 568.

CALVO CARAVACA, A.L., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho Mercantil Internacional*, Tecnos, 2ª edición revisada y puesta al día, Madrid, 1995.

- «Capítulo II. El contrato de compraventa internacional de mercancías», en AA. VV., *Contratos Internacionales*, (directores Alfonso L. Calvo Caravaca y Luis Fernández de la Gándara, coord. Pilar Blanco-Morales Limones), Tecnos, Madrid, 1997, pp. 144 a 399.

CÁMARA LAPUENTE, S., «Un derecho privado o un Código Civil para Europa: planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace», en AA. VV., *Derecho Privado Europeo*, (coordinado por Sergio Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2003, pp. 47 a 106.

- «El “Núcleo común del Derecho Privado Europeo” (Proyecto de Trento)», en AA. VV., *Derecho Privado Europeo*, (coordinado por Sergio Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2003, pp. 227 a 234.

CAMPUZANO DÍAZ, B., «¿Hacia un Derecho Contractual Europeo?», *Anuario de Derecho Civil*, nº 2, Universidad de Sevilla Servicio de Publicaciones, 2002, pp. 43 a 65.

CANNATA, C.A., «La Responsabilità Contrattuale», en AA. VV., *Derecho Romano de Obligaciones*, Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pp. 143 a 178.

CAPILLA RONCERO, F., *La Responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Fundación Universitaria de Jerez, 1989.

CARBALLO PIÑEIRO, L., *La ejecución de condenas de dar*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2001.

CARBONNIER, J., *Droit civil*, t.4, *Les obligations*, Presses Universitaires de France, Paris, 14 ed., 1990.

CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101 a 1107 del Código Civil», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dirigido por Manuel Albaladejo), Tomo XV, Volumen 1º, Edersa, 1989, Madrid, pp. 374 a 752.

- *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Navarra, 2010.

CARTWRIGHT, J., HESSELINK, M., *Precontractual Liability in European Private Law*, Cambridge University Press, 2009.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, 14 edición, Tomo III, (revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero), Reus, Madrid, 1986.

- CASTRONOVO, C.**, «I “Principi di Diritto Europeo dei Contratti” e L’idea di Codice», *Rivista del Diritto Commerciale*, 1995, pp. 21 a 38.
- «Inadempimento ed esatto adempimento nei Principi Unidroit», en AA. VV., *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit*, (a cura di Michael J. Bonell e di Franco Bonelli), Giuffrè Editore, Milano, 1997, pp. 271 a 294.
 - «Il diritto europeo delle obligación e dei contratti codice o restatement?», *Europa e Diritto Privato*, 4/1998, pp. 1019 a 1033.
 - «I Principi di diritto europeo dei contratti e il codice civile europeo», *Vita notarale*, 2000, I, pp. 1219 a 1225.
 - «I Principi di diritto europeo dei contratti, parte I e II, Breve introduzione e versione italiana degli articoli», *Europa e Diritto Privato*, 2/2000, 249 a 252.
 - «Prefazione all’edizione italiana», *Principi di Diritto Europeo dei Contratti. Parte I y II. (Commissione per il Diritto Europeo dei Contratti. Pres. Ole Lando)*, (Versione italiana a cura di Carlo Castronovo), ed. Giuffrè Editore, Milano, 2001, pp. 13 a 52.
 - «Il contratto nei Principi di diritto europeo», *Europa e Diritto Privato*, 4/2001, pp. 787 a 824.
- CAVANILLAS MÚGICA, S.**, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1988», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, nº 17, abril-agosto, 1988, pp. 379 a 388.
- CELLA, A., BIANCA, C.M., MCGREGOR, H., MEDICUS, D., TRABUCCHI, A., TUNC, A.**, «Un codice dei contratti per l’europan: il colloquio di Pavia», *Revista di Diritto Civile*, Padova, 1992, recopilado en *Incontro di Studio su Il Futuro Codice Europeo dei Contratti*, Pavia, 20-21 ottobre 1990, (a cura di Peter Stein), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1993, pp. 77 a 108.
- CERDÁ GIMENO, J.**, «Unas notas de recuerdo sobre la conservación de la garantía patrimonial y la protección del derecho de crédito: Para una revisión de un texto clásico», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1996, pp. 1077 a 1112.
- CERDÁ OLMEDO, M.**, «Responsabilidad civil por daños futuros», *Anuario de Derecho Civil*, 1985, pp. 623 a 647.
- CHAMORRO POSADA, M.**, «Diligencia y responsabilidad contractuales por error en el abono en cuenta corriente bancaria (un apunte sobre la buena fe en el derecho contractual europeo)», en AA. VV., *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, (editores Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 31 a 40.
- CHARTIER, Y.**, *La réparation du préjudice*, Dalloz, París, 1983.
- CHENGWEI, L.**, *Remedies for Non-performance: Perspective from CISG, UNIDROIT & PECL*, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei-74.htm1>, pp 1 a 50.
- CHIRONI, G.P.** «Danno morale», *Rivista di Diritto Commerciale*, II, 1913, p. 801 a 814.

- CIAN, G.**, «Lata culpa dolo aequiparatur», *Rivista di Diritto Civile*, 1963, pp. 148 178.
- «La sistematica della responsabilità e il diritto europeo», en AA. VV., *Diritto Privato Europeo e Categorie Civilistiche*, (a cura de Nicolò Lipari, Edizioni Scientifiche Italiane), Napoli, 1998, pp. 97 a 106.
- CLAVERÍA GOSALBÉZ, L.H.**, «Diligencia, culpa, incumplimiento y responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil*, 1987, pp. 1283 a 1299.
- «Responsabilidad civil contractual y extracontractual», *Academia Sevillana del Notariado*, Tomo IV, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991, pp. 168 a 185.
- COCA PAYERAS, M.**, «El derecho contractual europeo y la armonización del derecho civil de la Unión», en AA.VV., *Principios de Derecho Contractual Europeo y Principios de Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales*, (directores M^a. Pilar Ferrer Vanrell y Anselmo Martínez Cañellas), Dykinson, Madrid, 2009, 34 a 47
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN MERCANTIL)**, la Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad de 2006, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año LX, de 1 de febrero de 2006, núm. 2006, pp. 605 a 618, Madrid, consultar en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198381857/Publicacion/1215327839717/Detalle.html>.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN MERCANTIL)**, la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución de 2006, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año LX, de 1 de febrero de 2006, núm. 2006, pp. 618 a 629, Madrid, consultar en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198381857/Publicacion/1215327839717/Detalle.html>.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN CIVIL)**, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año LIX, de 1 de Mayo de 2005, núm. 1988, Madrid, pp. 2076 a 2092, consultar en: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198381857/Publicacion/1215327849407/Detalle.html>.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN CIVIL)**, la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de obligaciones y Contratos*, Boletín de información, Ministerio de Justicia, Año LXIII, de enero de 2009, Madrid, pp. 1 a 70, consultar en: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198381857/Publicacion/1215327849407/Detalle.html>.
- CONSENTINO, F.**, «Efficienza economica dell'inadempimento e diritto delle obbligazioni: una verifica delle norme sull'inadempimento del contratto», *Quadrimestre, Rivista di Diritto Privato*, 1988, pp. 484 a 523.
- COSSIO Y CORRAL, A.**, *Instituciones de Derecho civil*, I, Madrid, 1975.

- CORDINI, G.**, «"Convegno di Pavia" sobre la futura Codificación Europea de Obligaciones y Contratos», *Anuario de Derecho Civil*, recopilado en *Incontro di Studio su Il Futuro Codice Europeo dei Contratti*, Pavia, 20-21 ottobre 1990, (a cura di Peter Stein), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1993, pp. 239 a 245.
- «Il Convegno di Pavia sulla codificazione europea in tema di obbligación e contratti», *Quadrimestre Rivista di diritto privato*, 1991, recopilado en *Incontro di Studio su Il Futuro Codice Europeo dei Contratti*, Pavia, 20-21 ottobre 1990, (a cura di Peter Stein), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1993, pp. 249 a 252.
- CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J., TAPIA FERNÁNDEZ, I.**, (Coordinadores), *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Aranzadi Editorial, Pamplona, 2001.
- CRISTÓBAL MONTES, A.**, *Curso de Derecho Romano (Derecho de Obligaciones)*, Cursos de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964.
- *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, Civitas, Madrid, 1984.
 - *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989.
 - «La responsabilidad del deudor por sus auxiliares», *Anuario de Derecho Civil*, 1989, pp. 5 a 17.
 - «El enigmático artículo 1.107 del Código Civil Español», en AA. VV., *Centenario del Código Civil, Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Tomo I, Madrid, 1990, pp. 559 a 575.
 - «El daño moral contractual», *Revista de Derecho Privado*, 1990, pp. 3 a 12.
- DALMARTELLO, A.**, «Danni morali contrattuali», *Rivista di Diritto Civile*, 1933, pp. 53 a 65
- DASKAROLIS, G.**, «In tema di contenuti e di struttura del futuro codice europeo», *Jus*, 1993, Fascicolo I, pp. 121 a 122.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.**, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Civitas, Madrid, 1993.
- «Comentario a los artículos 1106 y 1107 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 45 a 62.
 - «Comentario a los artículos 1.106 y 1.107 del Código Civil», en AA. VV., *Jurisprudencia Civil Comentada, Código Civil*, Tomo II, (dirigido Miquel Pasquau Liaño), Comares, Granada, 2000, pp. 45 a 62.
 - «Sobre las palabras "Responder", "Responsable" y "Responsabilidad"», en AA. VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luís Díez-Picazo*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2003, pp 1323 a 1352.
- DE CASTRO VITORES, G.**, «La cláusula penal. Utilización de los remedios, tutela preventiva y sumaria. Referencia al arbitraje», en AA. VV., *Código Europeo de Contratos*, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), T.II Comentarios en

homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, (dir. por Carlos Vattier, José M^a. de la Cuesta y José M^a Caballero), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 619 a 648.

DE CASTRO Y BRAVO, F., «Los llamados derechos de la personalidad», *Anuario de Derecho Civil*, 1959, pp. 1231 a 1276.

- *Temas de derecho civil*, Marisal, Madrid, 1972.

DE COSSÍO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Civil, Tomo I, Parte General Obligaciones y Contratos*, (revisada y puesta al día por Manuel De Cossio y Martínez y José León Castro Alonso), segunda edición, Civitas, Madrid, 1991.

- *El Dolo en el Derecho Civil*, Comares, Granada, 2004

DE CUPIS, A., «Sulla determinazione del risarcimento nell'ipotesi di colpa grave del debitore», *Foro italiano*, I, 1957.

- *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*, traducción de la 2^a edición italiana y estudio preliminar por Ángel Martínez Carrión, Bosch, Barcelona, 1975.

DE GIORGI, M.V., «Danno: I) Teoria Generale», en AA. VV., *Enciclopedia Giuridica*, Istituto della Enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, Tomo X, Roma, 1988, pp. 1 a 9.

DE LA CUESTA RUTE, J.M., «Sobre la unificación del Derecho privado patrimonial en Europa», en AA.VV., *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo. Marco común de referencia y Derecho español*, (Eduardo Valpuesta Gastaminza coordinador), Bosch, Barcelona, 2011, pp. 23 a 59.

DE LA MATA MUÑOZ, A., «Un paso más hacia la unificación del derecho privado europeo. Comunicación de la Comisión de 15 de marzo de 2003 sobre un derecho contractual europeo más coherente», *Aranzadi Civil*, número 1, 2003, pp. 2077 a 2105.

DE LA OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO JIMÉNEZ, I., VEGA TORRES, J., BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L., *El principio de buena fe*, Barcelona, 1965.

- «Integración Europea: Derecho Comunitario y Derecho Común», *Revista de Derecho Privado*, 1993, pp. 211 a 225.

- «"Convenio di Pavia" sobre la futura codificación europea de obligaciones y contratos», *Revista de Derecho Privado*, 1991, recopilado en *Incontro di Studio su Il Futuro Codice Europeo dei Contratti*, Pavia, 20-21 ottobre 1990, (a cura di Peter Stein), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1993, pp. 231 a 234.

- «La propuesta de un Código europeo de contratos del "Convenio de Pavia", visto desde España», en AA. VV., *Estudios de Derecho Europeo Privado*, (obra coordinada por Díaz Fraile), Madrid, 1994, pp. 181 a 216.

- «El Anteproyecto de “Código Europeo de Contratos” de la Academia de Pavía», en AA. VV., *La Unificación Jurídica Europea*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP, (director José Manuel García Collantes), Civitas, Madrid, 1999, pp. 253 a 265.

DE LOS MOZOS, J.L., y LUNA SERRANO, A., «Academia de iusprivatistas europeos de Pavía “Código Europeo de Contratos”», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, número 4, 2001 pp. 713 a 804.

DE LOS MOZOS, J.L., MAYER-MALY, T., WHINCUP, M., E., WIEACKER, F., «Il futuro “codice europeo dei contratti”», *Il Foro Padano*, 1992, II, pp. 45 a 57.

DE PABLO CONTRERAS, P., «Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual», en AA. VV., *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*, (coord. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz), Editorial Colex, Madrid, 2000, pp. 177 a 218.

DEL OLMO GUARIDO, N., *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones*, Thonson Aranzadi, Navarra, 2004

DI MAJO, A., «L'osseranza della buona fede nei Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali», en AA. VV., *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit* (a cura di Michael J. Bonell e di Franco Bonelli), Giufre Editore, Milano, 1997, pp. 143 a 160.

- «Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi», *Europa e Diritto Privatto*, 1/2007, pp. 1 a 18.

DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., «Comentario a los artículos 1.152 al 1.155 del Código Civil», en AA. VV., *Comentario al Código Civil, Comentario al Código Civil*, (coord. por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 1346 a 1350.

DÍAZ PAIRÓ, A., *Teoría general de las obligaciones*, volumen I, 2ª ed. revisada, La Habana, 1945.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «La responsabilidad civil hoy», *Anuario de Derecho Civil*, 1979, pp. 727 a 738.

- «El derecho de obligaciones en la codificación civil española», en AA. VV., *Centenario del Código Civil*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, T. I, Madrid, 1990, pp. 707 a 716.

- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Las Relaciones Obligatorias*, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1996.

- «Comentario a los artículos 61 a 65», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 492 a 513.

- *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999.

- «Reforma de los Códigos y Derechos Europeo», *Anuario de Derecho Civil*, 2003, pp. 1565 a 1574.

- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Las Relaciones Obligatorias*, 6ª edición, Civitas, Madrid, 2008.

- *El escándalo del daño moral*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, duodécima edición, Tecnos, Madrid, 2012

DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002.

DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I/2, Tecnos, Madrid, 1998.

DIMATTEO, L., «Contract Talk: Rewiewing the Historical and Practical Significance of the Principles of European Contract Law», *Harward International Law Journal*, 43, 2002, pp. 569 a 581.

DOMAT, J., *Loix civiles*, Oeuvres, I Paris, 1756.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La unificación del derecho contractual europeo por vía jurisprudencial (legal transplants)», en AA. VV., *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, (editores Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 665 a 688.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., «La prescripción en los PECL y en el DCFR», *InDret 3/2009*, (w.w.w.indret.com), pp. 1 a 29.

DORAL GARCÍA, J.A., «Reparación y sanción. El cumplimiento de las obligaciones en forma específica», *Anuario de Derecho Civil*, 1993, pp. 589 a 598.

DURO MORENO, M., *Introducción al Derecho Inglés. La traducción jurídica inglés-español y su entorno*, Edisofer, Madrid, 2004.

EBERS, M., «La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002», *Anuario de Derecho Civil*, 2003, pp. 1575 a 1608.

- «Principales Instituciones en el Derecho Civil de las obligaciones en Alemania tras la reforma del BGB», en AA. VV., *El Derecho Civil a 200 años del Código de Napoleón. El Derecho Español y Europeo*, Tomo I, (coordinadores. Jorge Luis Collantes González y Fernando Serrano Migallón), Porrúa, México 2005, pp. 27 a 60.

ECKL, C., «Algunas observaciones alemanas acerca de la buena fe en el derecho contractual español: de principio general del derecho a cláusula general», en AA. VV., *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, (editores Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 40 a 52.

EIRANOVA ENCINAS, E., *Código Civil Alemán*, Marcial Pons, Barcelona, 1998.

- «La indemnización del daño moral en los supuestos de incumplimiento contractual», en AA. VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luís Díez-Picazo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1789 a 1798.
- EISELEN**, S., *Remarks on the Manner in which the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts May Be Used to Interpret or Supplement Article 74 of the CISG*, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni74.html>.
- ENGISCH**, K., *Die Kausalität als Merkmal strafrechtlicher Tatbestände*, Tübingen, 1931.
- ENNECCERUS**, L., **LEHMAN**, H., *Tratado de Derecho civil*, Tomo II, volumen I, traducido por Pérez González y Alguer, Barcelona, 1933.
- ESPIAU ESPIAU**, S., «La Codificación del Derecho Civil Catalán en el Proceso de Unificación del Derecho Europeo», en AA. VV., *Derecho Privado y Constitución*, número 14, 2000, pp. 63 a 127.
- «Interpretación del contrato y bases del derecho contractual europeo», en AA. VV., *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, (editores Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 217 a 244.
- «Unification of the European law of obligations and codification of Catalan civil law», en AA. VV., *Regional Private Laws and Codification in Europe*, (edited by Hector L. MacQueen, Antoni Vaquer y Santiago Espiau Espiau), Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 172 a 198.
- «Comentario a la sentencia de 31 de mayo de 2000», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 54, número 1481, pp. 1277 a 1287.
- «La indemnización del daño moral en los supuestos de incumplimiento contractual», *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, 1ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 1789 a 1798.
- ESPIAU ESPIAU**, S., **VAQUER ALOY**, A., *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, en AA. VV., (editores Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- ESPIN CANOVAS**, D., *Manual de Derecho Civil Español, Vol. III. Obligaciones y Contratos*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983.
- ESPLUGES MOTA**, C., «Ratificación por España del Convenio de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1990, pp. 710 a 711.
- *Compraventa Internacional de Mercaderías*, Instituto de la Mediana y Pequeña Industria Valenciana, Valencia, 1993.
- «Lección 8ª. Compraventa Internacional de Mercaderías: La Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías», en AA. VV., *Derecho del Comercio Internacional*, (dirigido por Carlos Espulgues Mota), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 162 a 192.

- ESPLUGES MOTA, C., BARONA VILAR, S., HERNÁNDEZ MARTÍ, J.**, *Contratación Internacional*, (coordinado por Carlos Esplugues Mota), 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- ESTEBAN DE LA ROSA, F.**, *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Comares, Granada, 2003.
- EUROPEAN GROUP ON TORT LAW**, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Traducción a cargo de la «Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado» (REDPEC), Coordinada por MIQUEL MARTIN-CASALS, Aranzadi, Navarra, 2008.
- FAJARDO FERNÁNDEZ, J.**, «Cumplimiento y Extinción del Contrato», en AA. VV., *Derecho Privado Europeo*, (coordinado por Sergio Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2003, pp. 501 a 524.
- FALZEA, A.**, «Effettività del diritto europeo», en AA. VV., *Diritto Privato Europeo e Categorie Civilistiche*, (a cura de Nicolò Lipari), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, pp. 15 a 20.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S.L.**, *Los Principios Unidroit y los Principios Europeos: nuevos islotes de lex mercatoria*, <http://www.aaba.org.ar/plen912p.htm>, pp. 1 a 5.
- FELTKAMP, F., VANBOSSELE, F.**, «The Optional Common European Sales Law: Better Buyer's Remedies for Seller's Non-performance in Sales of Goods?», *European Review of Private Law*, 19/6, pp. 873 a 905.
- FENOY PICÓN, N.**, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: Aspectos generales. El incumplimiento», *Anuario de Derecho Civil*, 2010, pp. 47 a 136.
- FERNÁNDEZ GREGORACI, B.**, «El moderno derecho de obligaciones y contratos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2-2009, pp. 479 a 496.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A.**, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Iurium Editores, Madrid, 2001.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, E.**, «Optando por la normativa común de compraventa europea», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, número 23, junio, 2012, pp. 1 a 21 (www.reei.org).
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.**, «Los procesos de unificación internacional del Derecho privado: técnicas jurídicas y valoración de resultados», en AA. VV., *La Unificación Jurídica Europea*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP, (director José Manuel García Collantes), Civitas, Madrid, 1999, pp. 17 a 44.
- *Ius Mercatorum*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.

FISCHER, H. A., *Los Daños Civiles y su reparación*, Traducido del alemán con concordancias y un Apéndice sobre el Derecho español por W. Roces, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1928.

FULLER, L.L., PERDUE, W.R., *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, (Traducción y comentario de derecho español por José Puig Brutau), Bosch, Barcelona, 1957.

GALGANO, F., *Diritto Privato*, Cedam, 9ª ed., Milan, 1996.

- «Equilibrio contrattuale e buona fede dei contraenti», en AA. VV., *Diritto Privato Europeo e Categorie Civilistiche*, (a cura de Nicolò Lipari), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, pp.185 a 191.

- «El precedente judicial en civil law», en AA. VV., *Atlas de Derecho Privado Comparado*, (coordinador. Francesco Galgano, traducción por Fernández Campos y Verdera Server), Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000, pp. 76 a 82.

- «Derecho Civil y Derecho Mercantil», en AA. VV., *Atlas de Derecho Privado Comparado*, (coordinador Francesco Galgano, traducción por Fernández Campos y Verdera Server), Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000, pp. 83 a 98.

- «La Responsabilidad por Incumplimiento Contractual: el modelo francés y sus desarrollos», en AA. VV., *Atlas de Derecho Privado Comparado*, (coordinador Francesco Galgano, traducción por Fernández Campos y Verdera Server), Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000, pp. 207 a 215.

- «El Derecho Uniforme: La Compraventa Internacional», en AA. VV., *Atlas de Derecho Privado Comparado*, (coordinador Francesco Galgano, traducción por Fernández Campos y Verdera Server), Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000, pp. 373 a 384.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., «La unificación del derecho civil patrimonial», en AA.VV., *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, tomo I, (coordinadores J. M. González Porras, F.P. Méndez González, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 1787 a 1810.

GAMBARO, A., «The Plan d'Action of the European Commission-A Comment», *European Review of Private Law*, 3/6, 2003, pp. 768 a 781.

GANDOLFI, G., *Code Européen des Contrats/Avant-projet, Livre premier*, Giuffrè, Milano, 1999.

- «Per un Codice Europeo dei Contratti», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1991, pp. 781 a 810.

- «Sul progetto di un “codice europeo dei contratti”», *Rassegna di Diritto Civile*, 1996, pp. 105 a 116.

- «Relazione introduttiva», en AA. VV., *Convegni di Studio per la Redazione del Progetto di un Codice Europeo dei Contratti*, Pavia, 1992-1994, (a cura di Peter Stein), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1996, pp. 13 a 24.

GARCÍA CANTERO, G., «El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Proyecto Gandolfi o del Grupo de Pavía)», en AA. VV., *Derecho Privado Europeo*, (coordinado por Sergio Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2003, pp. 205 a 215.

- «Hacia un Código europeo de contrato», en AA. VV., *Código Europeo de Contratos*, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), Tomo I, Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, (dirigido por Carlos Vattier, José M^a. de la Cuesta y José M^a Caballero), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 131 a 158.

GARCÍA CARNICA, M. DEL C., «El ámbito material de la unificación del derecho privado europeo: ¿una unificación global o sectorial?», en AA. VV., *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa*, (editores Sixto Sánchez Lorenzo y Mercedes Moya Escudero), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 263 a 274.

GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974.

GARCÍA MARTÍN, I., «Comentario al artículo 43. Cálculo de la indemnización de daños y perjuicios», *Comentarios a la Ley de Marcas*, Tomo I (Artículos 1 a 50), Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano (Director), José Antonio García-Cruces González (Director-Adjunto), segunda edición, Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 699 a 720.

GARCÍA SERRANO, F. DE A., «El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil», *Anuario de Derecho Civil*, 1972, pp. 799 a 851.

GARRIDO GARCÍA, J.M., *Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos*, Texto Oficial, (Estudio preliminar y traducción a cargo de José María Garrido), Marcial Pons, Barcelona, 2002.

GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil por daño moral*, Bosch, Barcelona, 1990.

GARCÍA VARELA, R., «El incumplimiento contractual y el daño moral», *Diario La Ley*, de 14 de marzo de 2006, pp. 1 a 4.

GARRO, A.M., ZUPPI, A.L., *Compraventa internacional de mercaderías*, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 1990.

GAYOSO ARIAS, R., «La reparación del llamado daño moral en el derecho natural y en el derecho positivo», *Revista de Derecho Privado*, 1918, pp. 324 a 331.

GIL RODRÍGUEZ, J., «Responsabilidad por incumplimiento», en AA. VV., *Manual de Derecho Civil. II Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil y Teoría general del contrato*, (autores Lluís Puig I Ferrol, María del Carmen Gete-Alonso y Calera, Jacinto Gil Rodríguez y José Javier Hualde Sánchez), Marcial

Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., segunda edición, Madrid, 1998, pp. 273 a 318.

GIMBERNAT ORDEIG, I., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966.

GIMÉNEZ-CANDELA, T., *Derecho Privado Romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

GIORGI, G., *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*, Traducida de la séptima edición italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas, por la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Volumen II, Madrid, 1909.

GIORGIANNI, M., *L'Inadempimento*, Giufre editore, Milano, 1975.

GOLDENBERG, I., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1984.

GÓMEZ GALLIGO, J., «La repercusión en derecho español de las propuestas de armonización del Derecho Contractual Europeo», en AA.VV., *Derecho Contractual Europeo*, (director Esteve Bosch Capdevila, coordinador Decanato del Colegio de Registradores de Catalunya), Editorial Bosch, Barcelona, 2009, pp. 525 a 547.

GÓMEZ ORBANEJA, E., «La acción civil de delito», *Revista de Derecho Privado*, 1949, pp. 185 a 212.

GÓMEZ POMAR, F., «El daño moral», *InDret 1/1999*, (w.w.w.indret.com), pp. 1 a 14.

- *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Civitas, Madrid, 2002.

- «La noción de daño puramente económico: Una visión crítica desde el análisis económico del derecho», *InDret 4/2002*, (w.w.w.indret.com), pp. 1 a 30.

- «Comentario a la sentencia del Tribunal supremo, Sala 1ª, 20.2.2002: el daño moral de las personas jurídicas», *InDret 4/2002*, (w.w.w.indret.com), pp. 1 a 5.

- «Las fronteras del daño indemnizable», *InDret 3/2004*, (w.w.w.indret.com), pp. 1 a 10.

- «El incumplimiento contractual en el Derecho Español», *InDret 3/2007*, (w.w.w.indret.com), pp. 1 a 49.

GÓMEZ POMAR, F., **GILI SALDAÑA, M.**, «El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación y efectos», *InDret Enero/2012*, (w.w.w.indret.com), pp. 1 a 27.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Los principios Lando», en AA. VV., *Derecho Contractual Europeo*, (director Esteve Bosch Capdevila, coordinador Decanato del Colegio de Registradores de Catalunya), Editorial Bosch, Barcelona, 2009, pp. 151 a 182.

GORDLEY, J., *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2001.

- GRAZIADEI, M., MATTEI, U., SMITH, L.,** *Commercial Truts in European Private Law*, Cambridge University Press, 2005.
- GUARDIOLA SACARRERA, E.,** *La Compraventa internacional y los incoterms*, Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, 4ª edición, Barcelona, 1988.
- GUIBAULT, L., HELBERGER, N., LOOS, M., MAK, C.,** «The Regulation of Digital Content Contracts in the Optional Instrument of Contract Law», *European Rewiev of Private Law*, 19/6, pp. 729 a 758.
- GUTIÉRREZ JEREZ, L.J.,** «La obligación de saneamiento en caso de evicción y la transmisión del dominio en la compraventa», en AA. VV., *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo II, (coord. por Eugenio Llamas Pombo), ed. La Ley, Madrid, 2006, pp. 43 a 57.
- HAGER, G.,** «Commentary Art. 61», en AA. VV., *Commentary on the unConvention on the International Sale of Goods (CISG)*, Second Edition (in translation), (Translates by Geoffrey Thomas), Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 480 a 481.
- HINTEREGGER, M.,** *Environmental Liability and Ecological Damage in European Law*, Cambridge University Press, 2008.
- HEIDEMANN, M.,** «European Private Law at the Crossroads: The Proposed European Sales Law», *European Review of Private Law*, vol. 20/4, 2012, pp. 1119 a 1138.
- HERNÁNDEZ-TEJERO, F.,** «Extinción de las Obligaciones», en AA. VV., *Derecho Romano de Obligaciones*, Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pp. 179 a 223.
- HESELINK, M.W.,** «The Principles of European Contract Law: Some Choices Made By The Lando», *Principles of European Contract Law*, (ed. M.W. Hesselink, G.J.P. de Vries), Kluwer, 2001, pp. 9 a 103 (consultado en http://www.verenigingvoorburgerlijkrecht.nl/pdf_files/preadviezen/2001%20Preadvies%202001%20Hesselink%20en%20De%20Vries.PDF).
- «The European Commission's Action Plan: Towards a more coherent European Contract Law?», *European Review of Private Law*, 12/4, 2004, pp. 397 a 419.
 - «How to opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commision's Proposal for a Regulation», *European Review of Private Law*, 20/1, 2012, pp. 195 a 211.
- HOLMES, o.w.,** *The Common Law*, Little, Brown and Company, Thirty-Seventh Printing, Boston, 1945.
- HONDIUS, E.,** «The Common Core of European Private Law», *European Review of Private Law*, 8/1, 2000, pp. 249 a 251.

- «Good Faith in European Contract Law –A First Publication of the Trento Common Core Project», *European Review of Private Law*, 10/3, 2002, pp. 471 y 472.
- «The influence of the Principles of European Contract Law on Dutch Law», en AA. VV., *Derecho Patrimonial Europeo*, (coordinadores Guillermo Palao Moreno, Lorenzo Prats Albentosa y María José Reyes López), Monografía Asociada a Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, número 10 Thonson. Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 201 a 221.
- «Towards an Optional Common European Sales Law», *European Review of Private Law*, 19/6, 2011, pp. 709 a 715.

HONNOLD, J.O., «On the Road to Unification of the Law of Sales», *Forum Internationale*, número 2, June 1983, pp. 5 a 14.

- *Derecho Uniforme sobre Compraventas Internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Editoriales de Derecho Reunidas, Edición Española, Madrid, 1987.
- *Uniform Law For International Sales*, Third Edition, Kluwer Law International, 1999.

HUBER, U., «Commentary Art. 45», en AA. VV., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Second Edition (in translation), (Edited by Peter Schlechtriem Translates by Geoffrey Thomas), Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 355 a 374.

- «Commentary Art. 28», en AA. VV., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Second Edition (in translation), (Edited by Peter Schlechtriem Translates by Geoffrey Thomas), Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 198 a 209.

IGARTUA ARREGUI, F., «Comentario a la Sentencia de 9 de mayo de 1984», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 5/136, pp. 1631 a 1644.

ILLESCAS ORTIZ, R., «El Derecho Uniforme del Comercio Internacional y su sistemática», *Revista de Derecho Mercantil*, 1993, pp.37 a 91.

- «El Derecho uniforme del comercio internacional: elementos de base», en AA. VV., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Tomo II, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, pp. 1781 a 1800.
- «Epílogo. Los Principios de Unidroit: ¿Una nueva lingua franca para la redacción de los contratos internacionales?», en AA. VV., *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, (coordinador. David Morán Bovio), ed. Aranzadi, segunda edición, Navarra, 2003, pp. 385 a 394.

ILLESCAS ORTIZ, R., **PERALES VISCASILLAS**, M. DEL P., *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003.

INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños: Nexos de causalidad y «causas hipotéticas»*, Tirant Monografías, Valencia, 2002.

- «Apuntes sobre la reforma alemana del Derecho de Obligaciones: la necesitada modernización del derecho de obligaciones y la gran solución», *Revista de Derecho Privado*, 2002, pp. 153 a 171.

- «Entre lo político y lo académico: un *Common Frame of Reference* de derecho privado europeo», *Indret*, 2009, (w.w.w.indret.com), pp.1 a 42.

IUDICA, G., «Danno patrimoniale e “danno al patrimonio” nel diritto privato europeo», en AA. VV., *Diritto Privato Europeo e Categorie Civilistiche*, (a cura di Nicolò Lipari), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, pp.107 a 123.

JANSEN, S., «A European Optional Contract Law: Policy Choices», *European Review of Private Law*, 19/3-4, 2011, pp. 457 a 470.

JEREZ DELGADO, C., PÉREZ GARCÍA, M.J., «La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del derecho de obligaciones», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 9, 2009-I, pp. 155 a 179.

JORDANO FRAGA, F., «“Consideraciones preliminares para un estudio crítico de las reglas de responsabilidad contractual en el Código civil español”», *Anuario de Derecho Civil*, 1984, pp. 109 a 155.

- «“Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del Código civil español”», *Anuario de Derecho Civil*, 1985, pp. 275 a 399.

- «“El problema de la responsabilidad contractual bajo el perfil de su efectividad y de la consideración global del ordenamiento”», *Anuario de Derecho Civil*, 1986, pp. 69 a 131.

- *La Responsabilidad Contractual*, Civitas, 1987, Madrid.

- «¿Unas nuevas bases de la responsabilidad contractual?», *Anuario de Derecho Civil*, 1994, pp. 325 a 340.

KASIRER, N., «The Common Core of European Private Law in Boxes and Bundles», *European Review of Private Law*, 10/3, 2002, pp. 417 a 437.

KEIRSE, A., «Why the Proposed Optional Common European Sales Law Has Not, But Should Have, Abandoned the Principle of All or Nothing: A Guide to How to Sanction the Duty to Mitigate the Loss», *European Review of Private Law*, 19/6, 2011, pp. 951 a 976.

KNAPP, V., «Commentary Art. 61», en AA. VV., *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention*, (By C.M. Bianca y M.J. Bonell, coord. by M.J. Bonell), Giuffrè, Milán, 1987, pp. 442 a 450.

- «Commentary Arts. 74 a 77», en AA. VV., *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention*, (By C.M. Bianca y M.J. Bonell, coord. by M.J. Bonell), Giuffrè, Milán, 1987, pp. 538 a 567.

- KIENINGER, E.M., *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge University Press, 2004.
- KÖTZ, H., «The Common Core of European Private Law: Third General Meeting, Trento, 17-19 July 1997», *European Review of Private Law*, 5/4, 1997, pp. 549 a 552.
- KRUISINGA, S., «The Seller's Right to Cure in the CISG and The Common European Sales Law», *European Review of Private Law*, 19/6, 2011, pp. 907 a 919.
- KUIPERS, J.J., «The Legal Basis for a European Optional Instrument», *European Review of Private Law*, 19/5, 2011, 545 a 564.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil*, II-1, Librería Bosch, Barcelona, 1977.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRIA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil II Derecho de Obligaciones*, 2ª edición. Revisada y puesta al día por Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2000.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *Curso de Derecho de Civil II. Derecho de Obligaciones*, segunda edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- LAMARCA MARQUÈS, A., «La modernización del derecho alemán de obligaciones: la reforma del BGB», *Indret Barcelona Abril de 2001*, (w.w.w.indret.com), pp. 1 a 10.
- LANDO, O., «Commentary Art. 28», en AA. VV., *Commentary on the International Sales Law*, The 1980 Vienna Sales Convention, (By C.M. Bianca y M.J. Bonell, coord. by M.J. Bonell), Giufre, Milán, 1987, pp. 232 a 239.
- «Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium», *Scandinavian Studies in Law*, <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/40-13.pdf>, pp. 343 a 401.
 - «El derecho contractual europeo en el tercer milenio», *Derecho de los Negocios*, 116, 2000, pp.1 a 20.
 - «The Structure and the Salient Features of the Principles of European Contract Law», *Jurídica Internacional*, VI/2001, pp. 4 a 15.
 - «Principles of European Contract Law and Unidroit Principles: Similarities, Differences and Perspectives», en AA. VV., *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, (diretto da M. J. Bonell), Roma, 2002, w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/49lando.pdf, pp. 1 a 14.
 - «The future development of European civil and commercial law», en AA. VV., *Derecho Patrimonial Europeo*, (coordinadores Guillermo Palao Moreno, Lorenzo Prats Albentosa y María José Reyes López), Monografía Asociada a Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, número 10 Thonson. Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 231 a 240.

- «Prefacio», *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, Edición: Ole Lando y Hugh Beale, (Edición española a cargo de Barres Benlloch P., Embid Irujo J.M. y Martínez Sanz F.), Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, pp. 15 a 21.
- «The Structure and the Legal Values of the Common Frame of Reference (CFR)», *European Review of Contract Law*, 3, 2007, pp. 245 a 256
- «Comments and Questions Relating to the European Commission's Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law», *European Review of Private Law*, 19/6, 2011, pp. 717 a 728.

LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Part I: Performance, Non-performance and Remedies*, (Prepared by The Commission on European Contract Law. Chairman: Professor Ole Lando), Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1995.

- *Les principes du droit européen du contract, L'exécution, inexécution et ses suites*. (version française, De Lamberterie I., Rouhette G. y Tallon D.), La documentation Française, París, 1997.

- *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Combined and Revised, (Prepared by The Commission of European Contract Law. Chairman: Professor Ole Lando), Edited by Ole Lando and Hugh Beale, Kluwer Law International, The Netherlands, 2000.

- *Principi di Diritto Europeo dei Contratti. Parte I y II. (Commissione per il Diritto Europeo dei Contratti. Pres. Ole Lando)*, (versione italiana a cura di Carlo Castronovo), Giuffrè Editore, Milano, 2001.

- *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, Edición: Ole Lando y Hugh Beale, (Edición española a cargo de Barres Benlloch P., Embid Irujo J.M. y Martínez Sanz F.), Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.

- *Principles of European Contract Law. Part III*, (Prepared by The Commission of European Contract Law. Chairman: Professor Ole Lando), Edited by Ole Lando and Hugh Beale, Kluwer Law International, The Netherlands, 2003.

- *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte III. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, Edición: Ole Lando y Hugh Beale, (Edición española a cargo de Barres Benlloch P., Embid Irujo J.M. y Martínez Sanz F.), Colegios Notariales de España, Madrid, 2007.

LANDO, O., VON BAR, C., SWANN, S., «Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code», *European Review of Private Law*, 10/2, 2002, pp. 183 a 248

LARRAURI I PIJOAN, E., «Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, pp. 715 a 775.

- LARENZ, K.**, *Derecho de obligaciones. Tomo I. Versión española y notas de Jaime Santos Briz*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
- LASARTE, C.**, *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho civil II*, Tomo II, 14ª edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010.
- *Contratos. Principios de Derecho civil III*, Tomo III, 13ª edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010.
 - *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho civil II*, Tomo II, 15ª edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011.
 - *Contratos. Principios de Derecho civil III*, Tomo III, 14ª edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011.
- LEIBLE, S.**, «Die Mitteilung der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht-Starschuss für ein Europäisches Vertragsgesetzbutch?», *Europäisches Wirtschafts-und Steuerrecht* 10, pp. 471 a 481.
- «Vías para la unificación del Derecho privado europeo», (traducción Francisco Infante Ruiz), *Anuario de Derecho Civil*, 2006, pp. 1589 a 1610.
 - «¿Qué hacemos con el Marco Común de Referencia?-Alegato a favor de un instrumento opcional», en AA. VV., *Derecho Privado Europeo: estado actual y perspectivas de futuro*, (coordinadores Mª del R. Díaz Romero y otros), Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 221 a 249.
- LEÓN GONZÁLEZ, J.M.**, «De nuevo sobre el artículo 1107 del Código Civil: los daños previstos o previsibles», en AA. VV., *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo II, (coord. por Eugenio Llamas Pombo), ed. La Ley, Madrid, 2006, pp. 133 a 147.
- LEÓN STEFFENS, A.**, «Principios para contratos comerciales internacionales: Algunas consideraciones de derecho internacional privado en torno al proyecto de UNIDROIT», en AA. VV., *Principi per i contratti commerciali internazionali e il sistema giuridico latinoamericano*, (a cura di M. Joachin Bonell-Sandro Schiapini), Cedan, Milano, 1996, pp. 45 a 50.
- LETE ACHIRICA, J.**, «Los principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales», *Actualidad Civil*, 11 de febrero de 1996, número 615, pp. 127 a 136.
- LETE DEL RÍO, J.M.**, **LETE ACHIRICA, J.**, *Derecho de Obligaciones, Volumen I, Teoría general de la relación obligatoria y del contrato. Derecho de daños*, Aranzadi, Navarra, 2005.
- LIPARI, N.**, *Diritto Privato Europeo e Categorie Civilistiche*, a cura de Nicolò Lipari, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998.
- LLAMAS POMBO, E.**, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño del acreedor*, Trivium, Madrid, 1999.

- «Comentario a los artículos 1.096 al 1.109 del Código Civil», en AA. VV., *Jurisprudencia Civil Comentada, Código Civil*, Tomo II, (dirigido Miquel Pasquau Liaño), Comares, Granada, 2000, pp. 1791 a 1869.
- LOBATO GÓMEZ**, J.M., «El incumplimiento del contrato», en AA. VV., *Código Europeo de Contratos*, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), t.II, Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, (dir. por Carlos Vattier, José M^a. de la Cuesta y José M^a Caballero), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 371 a 392.
- LOOKOFKY**, J., *The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/10074.htm>.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ**, A.M., «Harmonización of contract law in the EU and lex mercatoria», en AA. VV., *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, (editores Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 603 a 616.
- LÓPEZ Y LÓPEZ**, A.M., «Mora debitoris, devaluación monetaria y resarcimiento del daño en las obligaciones pecuniarias: consideraciones de principio», *Anuario de Derecho Civil*, 1994, pp. 5 a 29.
- «Comentario a los artículos 45 a 52», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 405 a 461.
- *Fundamentos de Derecho Civil. Doctrinas generales y bases constitucionales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011.
- LÓPEZ Y LÓPEZ**, A.M., **VALPUESTA FERNÁNDEZ**, R., *Derecho Civil Patrimonial I*, en AA. VV. (editores Ángel M. López y López y Rosario Valpuesta Fernández y coordinadores Francisco Infante Ruiz y Laura López de la Cruz), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- LÓPEZ Y LÓPEZ**, A.M., **INFANTE RUIZ**, F., «Tema 1. Los fundamentos actuales del Derecho de obligaciones y contratos», *Derecho Civil Patrimonial I*, en AA. VV. (editores Ángel M. López y López y Rosario Valpuesta Fernández y coordinadores Francisco Infante Ruiz y Laura López de la Cruz), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 25 a 50.
- MADRID PARRA**, A., «Capítulo 6. Cumplimiento», en AA. VV., *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, (coordinado por David Morán Bovio), Aranzadi, 2^a edición, Navarra, 2003, pp. 285 a 322.
- MAJOR**, W.T., *Case Book on Contract Law*, Pitman Publishing, Gran Bretaña, 1990.
- MARCO MOLINA**, J., «La Directiva 1999/44/CR, de 25 de Mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de la venta de consumo. Su incorporación al Derecho Civil Español y al Derecho Civil Catalán», en AA.VV.,

La armonización del Derecho de obligaciones en Europa, (coordinadores Ferrán Badosa Coll y Esther Arroyo i Amayuelas), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 165 a 187.

MARI, A., «Commentary Arts. 9:501 a 9:510», en AA.VV., *Principles of European Contract Law and Italian Law*, (edited by Luisa Antonioli y Anna Veneziano) Kluwer Lax International, The Netherlands, 2005, pp. 443 a 479.

MARKESINIS, B., *The Gradual Convergence. Foreign Ideas, Foreign Influences, and English Law of the Eve of the 21 st Century*, Clarendon Press, Oxford, 1994.

MARKESINIS, B., UNBERATH, H., JOHNSTON, A., *The German Law of Contract*, Hart Publishing, Second Edition. Entirely Revised and Updated, Oxford and Portland, Oregon, 2006.

MARRELLA, F., *La Nuova Lex Mercatoria*, Cedam, Padova, 2003.

MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Algunos mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual en un futuro derecho europeo de contratos, cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios», en AA.VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 2003, pp. 2455 a 2470.

- «Mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios», en AA.VV., *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, (editores Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 459 a 470.

MARTÍN CASALS, M., «Notas sobre la indemnización por daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982», en AA. VV., *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, tomo II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1231 a 1273.

- «Els principis del Dret contractual europeu i la Codificació del Dret català», *1r. Congrés de Dret civil català: el Dret patrimonial en el futur Codi civil de Catalunya*, *La Notaría*, 11-12, 2001, pp. 51 a 61.

- «El codi civil de catalunya en la cruïlla del dret privat europeu», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2002, pp. 9 a 38.

- «El “European Group on Tort Law” y la Elaboración de unos “Principios Europeos del Derecho de la Responsabilidad Civil” (Grupo de Tilburg/Viena o Spier/Kozioł)», en AA. VV., *Derecho Privado Europeo*, (coordinado por Sergio Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2003, pp. 217 a 226.

MARTÍN CASALS, M., RIBOT IGUALADA, J., «“Pure economic loss”: la indemnización de los daños patrimoniales puros», en AA.VV., *Derecho Privado Europeo*, (coordinado por Sergio Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2003, pp. 883 a 920.

MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., «Comentario a la STS de 31 de octubre de 2002», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 61, 2003, pp. 245 a 269.

- «El daño moral», en AA.VV., *Derecho Privado Europeo*, (coordinado por Sergio Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2003, pp. 857 a 881.

MARTÍN MELENDEZ, M.T., *La indemnización del mayor daño. Artículo 1108 del Código Civil*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial, Universidad de Valladolid, 1999.

MARTÍN PÉREZ, A., «Comentario a los artículos 1088 a 1099 del Código Civil», en AA. VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dirigido por Albaladejo), Tomo XV, Volumen 1º, Edersa, 1989, Madrid, pp 1 a 352.

MARTÍN PÉREZ, J.A., «La causa del contrato ante el proceso de armonización europea (razones de una desaparición inevitable y quizás aparente)», en AA. VV., *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo II, (coord. por Eugenio Llamas Pombo), ed. La Ley, Madrid, 2006, pp. 283 a 303.

- «Prólogo», a la obra de BARRIENTOS ZAMORANO, M., *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, pp. 19 a 22.

MARTÍN SANTISTEBAN, S., «Una aproximación entre responsabilidad contractual y extracontractual desde el punto de vista de la imputación del daño», en AA. VV., *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, (editores Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 427 a 438.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «La falta de competencia de la UE para elaborar un Código Civil Europeo: sobre los límites a la armonización en materia de derecho civil», en AA. VV., *Derecho Privado Europeo*, (coord. por Sergio Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2003, pp. 129 a 156.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Derecho comunitario y protección de los consumidores. Introducción jurídica a una política comunitaria*, Actualidad Editorial, Madrid, 1990.

MARTÍNEZ DE SANTOS, A., «Un proceso de ejecución civil necesitado de reforma», *Diario La Ley*, Año 2009, Número 7149, pp. 1 a 4.

MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A., «Unificación del Derecho Internacional Privado Europeo: el Convenio de Bruselas y de Roma», en AA. VV., *Estudios de Derecho Europeo Privado*, (obra coordinada por Díaz Fraile), Madrid, 1994, pp. 121 a 156.

MARTÍNEZ SANZ, F., «Principios de Derecho Europeo de los Contratos (Comisión Lando)», en AA. VV., *Derecho Privado Europeo*, (coordinada por Sergio Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2003, pp. 193 a 198.

- «Buena Fe», en AA. VV., *Derecho Privado Europeo*, (coordinada por Sergio Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2003, pp. 481 a 500.

- «Preliminar a la versión española», *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, Edición: Ole Lando y Hugh Beale, (Edición española a cargo de Barres Benlloch P., Embid Irujo J.M. y Martínez Sanz F), Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, pp. 5 a 8.

- MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L.**, «El daño moral: sus manifestaciones en el derecho español», *Diario la Ley*, Año 2008, Número 6999, pp. XXX.
- MASIDE MIRANDA, J.E.**, «El futuro Código Civil Europeo de Contratos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LXXX, Julio-Agosto 2004, Número 684, pp. 1769 a 1830.
- MASTROPAOLO, F.**, «Risarcimento del Danno», en AA. VV., *Enciclopedia Giuridica*, Istituto della Enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, Tomo X, Roma, 1988, pp. 1 a 16.
- MAZEAUD, H. L. y J.**, *Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda, Volumen II. La responsabilidad Civil. Los cuasicontratos*, traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960.
- McGREGOR, H.**, *Contract Code*, (Traducción y Nota Preliminar por José María de la Cuesta Sáenz y Carlos Vattier Fuenzalida), Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- *On Damages*, Sweet & Maxwell Limited. 16 ed., London, 1997.
- MEDINA DE LEMUS, M.**, *La venta internacional de mercaderías*, Tecnos, Madrid, 1992.
- *Derecho Civil. Obligaciones y contratos*, Volumen I, Dilex, Madrid, 2004.
- MENÁRGUEZ PINA, C.**, Causas de invalidez del contrato y “favor contratus” en los Principios de Derecho Contractual Europeo, Digital@tres, Sevilla, 2004.
- MENDEZ SERRANO, M. DEL M.**, «Ámbito espacial de los principios de derecho contractual europeo: ¿eficacia sólo intracomunitaria?», en AA. VV., *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa*, (editores Sixto Sánchez Lorenzo y Mercedes Moya Escudero), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 275 a 292.
- MENGONI, L.**, «L’Europa dei Codici o un Codice per L’Europa», *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1992, pp. 515 a 528.
- «Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri», en AA. VV., *Diritto Privato Europeo e Categorie Civilistiche*, (a cura de Nicolò Lipari), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, pp. 23 a 32.
- «Responsabilità contrattuale (diritto vigente)», en AA. VV., *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXIX, Dott. A. Guiffre, Milano, 1988, pp. 1072 a 1099.
- MEMMO, D.**, «La responsabilidad por incumplimiento contractual: el modelo alemán», en AA. VV., *Atlas de Derecho Privado Comparado*, (coordinador Francesco Galgano, traducción Fernández Campos y Verdura Server), Fundación Cultural del Notariado, Madrid, pp. 216 a 224.
- MERCADO PACHECO, P.**, *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- MESSINEO, F.**, *Manual de Derecho Civil y Comercial, tomo IV, Derecho de las Obligaciones, Parte General*, traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1970.

- MEYER, L.**, «Soft Law for Solid Contracts? A Comparative Analysis of the Value of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law to the Process. Of Contract Law Harmonization», *Denver Journal of International Law and Policy*, 2006, pp. 119 a 155.
- MEYER, R.**, *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition*, Göttingen 1994.
- MICKLITZ, H.W.**, «Prospettive di un diritto privato europeo: ius comune praeter legem?», *Contratto e impresa/Europa*(1), 1999, pp. 35 a 82.
- MILLER, L.**, «The Common Frame of Reference and the feasibility of a common contract law in Europe», *Journal of Bussiness Law*, 4, 2077, pp. 378 a 411.
- MIR PUIG, S.**, *Derecho penal. Parte General: Fundamentos y teoría del delito*, 2ª ed., Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1985.
- MOISSET DE ESPANES, L.**, «Reflexiones sobre el “daño actual” y el “daño futuro”, con relación al “daño emergente” y al “lucro cesante”», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1975, pp. 195 a 204.
- MÖLLERS, T., HEINEMANN, A.**, *The Enforcement of Competition Law in Europe*, Cambridge University Press, 2008.
- MONFELI, T.**, «Vendita internazionale», en AA.VV., *Inadempimento contrattuale e risarcimento del danno*, (coord. Giovanna Sebastio), Volume II, UTET GIURIDICA, Milano, 2006, pp. 157 a 210.
- MONTÉS PENADÉS, V.L.**, «El incumplimiento de la obligación», en AA. VV., *Derecho de obligaciones y contratos*, (coordinado por Valpuesta Fernández), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2ª edición, pp. 177 a 201.
- «La responsabilidad por incumplimiento», en AA. VV., *Derecho de obligaciones y contratos*, (coordinado por Valpuesta Fernández), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2ª edición, pp. 203 a 220.
 - «La defensa del derecho de crédito», en AA. VV., *Derecho de obligaciones y contratos*, (coordinado por Valpuesta Fernández), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2ª edición, pp. 221 a 239.
 - «Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe en el art. 1.107 CC», en AA. VV., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Tomo II, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, pp. 2423 a 2462.
- MORALES MORENO, A.M.**, «Comentario al artículo 35 de la CISG», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 286 a 312.
- «Comentario al artículo 39 de la CISG», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 335 a 347.

- *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Aranzadi, Navarra, 2006.

- *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Aranzadi, Navarra, 2010.

MORÁN BOVIO, D., «Capítulo 7. Incumplimiento», en AA. VV., *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, (coordinado por David Morán Bovio), Aranzadi, 2ª edición, Navarra, 2003, pp. 323 a 384.

MORETTI, F., «El precedente judicial en el sistema inglés», en AA. VV., *Atlas de Derecho Privado Comparado*, (coordinado por Francesco Galgano, traducción por Fernández Campos y Verdera Server), Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000, pp. 29 a 46.

MORILLO GONZÁLEZ, F., **ECHEVARRÍA SUMMERS**, F., **ERDOZAIN LÓPEZ**, J.C., *Código Civil Concordado y Comentado*, Tecnos, Madrid, 2005.

MÜLLER-GRAFF, P.C., «EU Directives as a Menas of Private Law Unification», *Towards a European Civil Code*, editors Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Ewoud Hondius, Chantal Mak, Edgar du Perron, Kluwer Law International, fourth edition, The Netherlands, 2011, pp. 149 a 183.

MUÑOZ SABATÉ, L., «Hacia un nuevo tratamiento de los daños y perjuicios contractuales», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1985, pp. 253 a 255.

NACIONES UNIDAS, *Comentario de la Secretaría al proyecto de Convención de 1978*, <http://www.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/cisg/1978.htm>.

NAVAS NAVARRO, S., «El incumplimiento de la obligación», en AA. VV., *Manual de Derecho Civi. II Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil y Teoría general del contrato*, (autores Lluís Puig I Ferrol, María del Carmen Gete-Alonso y Calera, Jacinto Gil Rodríguez y José Javier Hualde Sánchez), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., segunda edición, Madrid, 1998, pp. 253 a 271.

- «El resarcimiento de daños en los Principios de Derecho de los Contratos (Con especial referencia al Derecho español)», *Actualidad Civil*, 2000, pp. 1235 a 1262.

- *El incumplimiento no esencial de la obligación*, ed. Reus, Madrid, 2004.

NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil*, Edersa, Madrid, 2006.

NICHOLAS, B., «Commentary Art. 78», en AA. VV., *Commentary on the International Sales Law*, The 1980 Vienna Sales Convention, (By C.M. Bianca y M.J. Bonell, coord. By M.J. Bonell), Giufre, Milan, 1987, pp. 568 a 571.

NIETO ALONSO, A., «Daños morales derivados del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una obligación contractual (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)», *Anuario de Derecho Civil*, 2006, pp. 1115 a 1197.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil Comentado y con Jurisprudencia*, La Ley, 4ª ed., Madrid, 2004.

- *Compendio de Derecho Civil. Tomo II Derecho de Obligaciones*, Difusa, quinta edición, corregida y puesta al día, Madrid, 2008.
- ODERKERK, M.**, «The CFR and the Method(s) of Comparative Legal Research», *European Review of Contract Law*, 3, 2007, pp. 315 a 331.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F.**, «Aceptación, contraoferta y modificación del contrato de compraventa internacional a la luz del artículo 8 del Convenio de Viena, la indemnización de daños y perjuicios y el “deber de mitigar” “ex” artículo 77 CISG. Comentario a la STS de 28 de enero 2000 (RJ 2000, 454)», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2000, I, número 5, pp. 203 a 219.
- *Compraventa Internacional de Mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- *Proyecto de investigación para el concurso a la plaza de profesor titular*, obra inédita, 2007.
- «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Mayo-Agosto 2009, número 80, pp. 611 a 629.
- OLIVENCIA RUIZ, M.**, «La Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías», *VI Jornadas de Derecho Marítimo*, Universidad de la Rábida, Excmo. Diputación Provincial de Huelva, Instituto de Estudios Onubenses, Huelva, 1980, pp. 75 a 88.
- «La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL): Balance de un decenio (1968-1977)», en AA. VV., *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Antonio Polo*, Editoriales de Derecho Reunidas, 1981, pp. 753 a 782.
- «Uncitral: Hacia un derecho uniforme mercantil uniforme en el siglo XXI», *Revista de Derecho Mercantil*, número 207, Enero-Marzo, 1993, pp. 9 a 35.
- OLIVENCIA RUIZ, M., SÁNCHEZ CALERO, F.**, «Introducción a la versión española», en John Honnold, *Derecho Uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Edersa, Madrid, 1987, pp. 17 a 22.
- ORTELLS RAMOS, M.**, «La ejecución de prestaciones no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil», *La ejecución civil*, (director Víctor Moreno Catena), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 263 a 343.
- ORTIZ DE LA TORRE, J.A.T.**, *Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado*, Edersa, Madrid, 1993.
- OSSORIO SERRANO, J.M.**, «El principio de la buena fe y su incidencia en el derecho contractual europeo», en AA. VV., *Europa y los nuevos límites de autonomía privada*, (Juan Miguel Ossorio Serrano ed.), Universidad de Granada, Granada, 2005, pp. 25 a 35.
- OSTI, G.**, «Revisione critica della teoria sulla impossibilita della prestazione», *Rivista di Diritto Civile*, maggio-giugno, año 1918, pp. 209 a 259.

PALAZÓN GARRIDO, M.L., «Importancia de la tensión “civil law-common law” en la elaboración de los principios del derecho contractual europeo», en AA.VV., *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa*, (editores Sixto Sánchez Lorenzo y Mercedes Moya Escudero), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 293 a 314.

- «El nuevo derecho contractual europeo: incumplimiento y remedios», en AA.VV., *Europa y los nuevos límites de autonomía privada*, (Juan Miguel Ossorio Serrano ed.), Universidad de Granada, 2005, pp. 75 a 91.

- «La resolución del contrato como medio de tutela en caso de incumplimiento», en AA.VV., *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 813 a 817.

PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho Romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1982», *La Ley*, 1982-2, 385 y 391

- «Resolución por incumplimiento e indemnización», *Anuario de Derecho Civil*, 1989, pp. 1143 a 1168.

- «Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación», en AA. VV., *Centenario del Código Civil, Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Tomo II, Madrid, 1990, pp. 1561 a 1591.

- «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate», *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pp. 1019 a 1091.

- «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil*, 1993, pp. 1719 a 1745.

- «Comentario al artículo 1902 del Código civil», en AA. VV., *Comentarios al Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1971 a 2003.

- «Responsabilidad Contractual», en AA. VV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. IV, (dir. Alfredo Montoya Melgar), Civitas, Madrid, 1995, pp. 5922 a 5926.

- «Daño», en AA. VV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. III, (dir. Alfredo Montoya Melgar), Civitas, Madrid, 1995, pp. 1896 a 1899.

- «Indemnización», en AA. VV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. III, (dir. Alfredo Montoya Melgar), Civitas, Madrid, 1995, pp. 3517 a 3520.

- «Comentario artículo 74», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 579 a 609.

- «Comentario artículo 78», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirección y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 628 a 634.

PARDO IRANZO, v., *Ejecución de sentencias por obligaciones de hacer y no hacer*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

PARRA-ARANGUREN, G., «Legislación Uniforme sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas)*, 1986, pp. 9 a 89.

- «El Proyecto de Principios de UNIDROIT. Aspectos de Derecho Internacional Privado», en AA. VV., *Principi per i contratti commerciali internazionali e il sistema giuridico latinoamericano*, (a cura di M.Joachin Bonell-Sandro Schiapini), Cedan, Milano, 1996, pp. 35 a 43.

PARRA LUCÁN, M^a. A., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 19 de junio de 1990», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 54/625, pp. 861 a 872.

- «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1994», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 35/935, pp. 569 a 591.

- «Apuntes sobre la unificación del Derecho privado en Europa: ¿Es posible un Código civil europeo», *Actualidad Jurídica* 3/2002, pp. 1163 a 1176.

- «Artículo 128», en AA. VV., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Rodrigo Bercovitz-Cano (Coordinador), Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 1609 a 1620.

- «Artículo 129», en AA. VV., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Rodrigo Bercovitz-Cano (Coordinador), Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 1621 a 1631.

PASA, B., «I progetti di ricerca europei sul diritto privato comune: il nuovo Acquis Group», *Contratto e Impresa/Europa*, 2002, pp. 654 a 662.

- «El Acquis Group», *Anuario de Derecho Civil*, 2005, pp. 1309 y 1310.

PASCUAL ESTEVEILL, L., *Derecho de daños*, Tomo I, Bosch, 2ª edición, Barcelona, 1995.

PAZ-ARES, C., «La economía política como jurisprudencia racional (Aproximación a la teoría económica del derecho)», *Anuario de Derecho Civil*, 1981, pp. 601 a 777.

PENDÓN MELÉNDEZ, M.A., «Preámbulo. Propósito de los Principios», en AA. VV., *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, (coordinado por David Morán Bovio), Aranzadi, 2ª edición, Navarra, 2003, pp. 23 a 54.

- «Capítulo 1. Disposiciones Generales», en AA. VV., *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, (coordinado por David Morán Bovio), Aranzadi, 2ª edición, Navarra, 2003, pp. 55 a 106.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888)*, Colegios Notariales de España, 2ª edición, Madrid, 2006.

PEÑA LÓPEZ, F., «Comentario al artículo 1.902», en AA. VV., *Comentario al Código Civil*, (coord. por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 2120 a 2124.

PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

- «El derecho uniforme del Comercio Internacional: los Principios de Unidroit (Ámbito de aplicación y Disposiciones Generales)», *Revista de Derecho Mercantil*, número 223, Enero-Marzo, Madrid, 1997, pp. 221 a 297.

-«Los Principios de Unidroit y CISG: su mutua interacción», en AA. VV., *Comentario a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1998, pp. 187 a 208.

- «El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)», <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>, 2001, pp. 1 a 107.

- «La aplicación jurisprudencial en España de la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional, los Principios de Unidroit y los Principios del Derecho Contractual Europeo: de la mera referencia a la integración de lagunas», *Diario La Ley*, 31 de mayo de 2007, pp. 1 a 24.

PEREDA GÁMEZ, F.J., «La ejecución no dineraria en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil», *La ejecución civil*, (director Víctor Moreno Catena), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 347 a 403.

PÉREZ ONTIVEROS BAQUERO, C., Daño moral por incumplimiento del contrato, Thonsom Aranzadi, Navarra, 2006.

PÉREZ MONGE, M., «Aproximación a la incidencia de la eventual adopción del proyecto de Pavía en el tratamiento del incumplimiento de las obligaciones contractuales en Derecho español», *Anuario de Derecho Civil*, 2005, pp. 1161 a 1192.

PERLINGIERI, P., «Una rivoluzione nel sistema delle fonti», en AA. VV., *Diritto Privato Europeo e Categorie Civilistiche*, (a cura de Nicolò Lipari), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, pp. 33 a 50.

- «Aspectos problemáticos del Derecho de Obligaciones», *Revista de Derecho Privado*, 1983, pp. 58 a 62.

PESSOA JORGE, F., *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 1995.

PINTÓ RUIZ, J.J. «Incumplimiento de las obligaciones», en AA. VV., *Nueva Enciclopedia Jurídica*, (bajo la dirección de Carlos E. Mascareñas y continuada por Buenaventura Pellisé Prats), Tomo XII, ed. Francisco Seix, S.A., Barcelona, 1965, pp. 184 a 202.

- «Indemnización de daños y perjuicios», en AA. VV., *Nueva Enciclopedia Jurídica*, (bajo la dirección de Carlos E. Mascareñas y continuada por Buenaventura Pellisé Prats), Tomo XII, ed. Francisco Seix, S.A., Barcelona, 1965, pp. 289 a 293.

POSCH, M., STEIN, P., STURM, F., TALLON, D., «Il Convegno di Pavia sulla futura codificazione europea in tema di obbligazioni e contratti», en AA. VV., *Giurisprudenza Italiana*, parte quarta, 1992, recopilado en *Incontro di Studio su Il Futuro Codice Europeo dei Contratti*, Pavia, 20-21 ottobre 1990, (a cura di Peter Stein), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1993, pp. 139 a 155.

POSCH, W., DASKAROLIS, G.T., O'HIGGINS, P., FENTIMAN, R.G., DE GROOT, G.R., «"Mercato interno" europeo e disciplina giuridica dei rapporti d'affari», en AA. VV., *Jus*, recopilado en *Incontro di Studio su Il Futuro Codice Europeo dei Contratti*, Pavia, 20-21 ottobre 1990, (a cura di Peter Stein), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1993, pp. 159 a 175.

POTHIER, R.J., *Tratado de las Obligaciones*, versión directa del *Traité des Obligations*, según la edición francesa de 1824, publicada bajo la dirección de M. Dupin, corregida y revisada por M.C. de las Cuevas, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1993.

POVEDA BERNAL, M.I., «Remedios ante situaciones contractuales anómalas», en AA. VV., *Código Europeo de Contratos*, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), Tomo II Comentarios en Homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, (dirigido por Carlos Vattier, José M^a. de la Cuesta y José M^a Caballero), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 589 a 600.

POZZO, B., *Property and Environment-Old and New Remedies to Protect Natural Resources in The European Context*, Stämpfli-Carolina Academic Press, 2007.

PUIG BRUTAU, J., «Comentario final del traductor», *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, (Traducción y Comentario de Derecho Español por José Puig Brutau de la obra de Fuller y Perdue), Bosch, Barcelona, 1957, pp. 143 a 182.

- *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, volumen I, 3^a edición, Bosch, Barcelona, 1988.

- *Compendio de Derecho Civil*, Volumen II. Derecho de obligaciones, contratos y cuasicontratos y obligaciones derivadas de actos ilícitos, Tercera edición, actualizada y revisada por Carles J. Maluquer de Motes i Bernet Bosch, Barcelona, 1997.

QUIÑONEZ ESCAMEZ, A., con la colaboración de Ana Batalla Trilla, «Un paso inevitable en la armonización del derecho contractual europeo: la elaboración de un derecho internacional privado común atento a los objetivos del mercado interior», en AA. VV., *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, (editores Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 617 a 628.

- RABEL, E.**, *Das Recht des Warenkaufs, Eine rechtsvergleichende Darstellung (Unveränderte Neudruck der Ausgabe von 1936)*, Berlín 1957.
- RAGEL SÁNCHEZ, L.F.**, *Estudio Legislativo y Jurisprudencia de Derecho Civil: obligaciones y contratos*, Dykinson, Madrid, 2000.
- RASCON GARCÍA, C.**, *Manual de Derecho Romano*, Tercera Edición, Tecnos, Madrid, 2000.
- RAVAZZONI, A.**, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Giuffrè Editore, Milano, 1962.
- REDING, V.**, «Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo opcional», *InDret Abril/2011*, (traducción del original en alemán a cargo de: Ariadna Aguilera Rull y Albert Azagra Malo) (w.w.w.indret.com), pp. 1 a 8.
- REGLERO CAMPOS, F.**, «Lección 1ª. Conceptos Generales y Elementos de Delimitación», en AA. VV., *Lecciones de Responsabilidad Civil*, (coord. Fernando Reglero Campos), Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 33 a 53.
- «Lección 2ª. Los Sistemas de Responsabilidad», en AA. VV., *Lecciones de Responsabilidad Civil*, coord. Fernando Reglero Campos, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 55 a 69.
 - «Lección 4ª. El Nexo Causal. Las Causas de Exoneración de Responsabilidad: Culpa de la Víctima y Fuerza Mayor. La Concurrencia de Culpas», en AA. VV., *Lecciones de Responsabilidad Civil*, (coordinado por Fernando Reglero Campos), Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 91 a 114.
 - «Capítulo I. Conceptos generales y elementos de delimitación», en AA. VV., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Parte General, L. Fernando Reglero Campos coordinador, cuarta edición, Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 47 a 246.
- RESCIGNO, P.**, «Il sistema delle preleggi e la disciplina comunitaria», en AA. VV., *Diritto Privato Europeo e Categorie Civilistiche*, (a cura de Nicolò Lipari), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, pp. 51 a 56.
- RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP)**, *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract I. Pre-contractual Obligations. Conclusion of Contract. Unfair Terms*, Sellier, Munich, 2007.
- *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract II. General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services*, Sellier, Munich, 2009.
- RESTATEMENT OF THE LAW SECOND. CONTRACT 2D**, Volume 3, As Adopted and Promulged by The American Law Institute, American Law Institute Publishers, 1981.
- RIPERT, G., BOULANGER, F.**, *Traité de Droit civil*, tomo II, Paris, 1957.
- RIZZIERI, A.**, «Convenzione delle nazioni unite sui contratti di vendita internazionale di beni mobili (1980)», en AA. VV., *Le Convezioni di Diritto del Commercio*

Internazionale, (a cura de Franco Ferrari), 2ª edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2002, pp. 47 a 80.

ROCA TRIAS, E., «El “Study Group a European Civil Code” (Proyecto Von Bar)», en AA. VV., *Derecho Privado Europeo*, (coordinado por Sergio Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2003, pp. 199 a 204.

- «El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXV, Número 2132, Junio de 2011, pp. 1 a 23.

- *Derecho de Daños, Textos y materiales*, 5ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

ROCES, W., «Breves acotaciones sobre el régimen de reparación de daños en el Derecho español», a la obra de FISCHER, H. A., *Los Daños Civiles y su reparación*, Traducido del alemán con concordancias y un Apéndice sobre el Derecho español por W. Rocés, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1928, pp. 277 a 299.

RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., «Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002)», *Anuario de Derecho Civil*, 2003, pp. 829 a 848.

- «Daño moral y persona jurídica: ¿Contradicción entre la doctrina de la Sala 1ª y la Sala 2ª del Tribunal Supremo?», *Indret 2/2006*, (w.w.w.indret.com), pp. 1 a 14.

- «La reparación del daño moral en el marco del futuro Derecho contractual europeo», en AA. VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesro Enrique Lalaguna Domínguez*, (coordinadores Josefina Alventosa del Río y Rosa Moliner Navarro), Volumen II, Publicacions Universitat de València Valencia, 2008, pp. 937 a 967.

ROJO AJURIA, L., «Comentario artículo 5», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 59 a 67.

ROMERO GARCÍA-MORA, G., *Perspectivas para el consumidor ante el Derecho europeo de contratos*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 2003.

ROSETT, A., «The Unidroit Principles of Internacional Comercial Contracts. And Introduction to Chapter Seven: Non-Performance», en AA. VV., *Comentario a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1998, pp. 175 a 186.

ROTONDI, M., *Instituciones de Derecho Privado*, prólogo, traducción y concordancias al Derecho español por Francisco F. Villavicencio, editorial Labor, Barcelona, 1953.

ROVELLI, L.A. «La risarcibilità dei danni non patrimoniale», *Rivista di Diritto privato*, II, 1933, pp. 266 a 291.

- RUDDEN, B., Y JUILHARD, P.**, «La théorie de la violation efficace», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1986, octobre-décembre, nº4, pp. 1015 a 1041.
- RUFFINI GANDOLFI, M.L.**, «Una codificazione europea sui contratti: prospettive e problema», *Revista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligación*, recopilado en *Incontro di Studio su Il Futuro Codice Europeo dei Contratti*, Pavia, 20-21 ottobre 1990, (a cura di Peter Stein), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1993, pp. 181 a 210.
- «Il colloquio di Pavia sulla futura codificazione europea in materia di obligación e contrati», *Rassegna di Diritto Civile*, 1992, recopilado en *Incontro di Studio su Il Futuro Codice Europeo dei Contratti*, Pavia, 20-21 ottobre 1990, (a cura di Peter Stein), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1993, pp. 255 a 260.
- SACCO, R.**, «Concordanze e contraddizioni in tema di inadempimento contrattuale (una veduta d'insieme)», *Europa e Diritto privato*, 1/2001, pp. 131 a 151.
- SALVADOR CODERCH, P.**, «Comentario artículos 79 y 80», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 635 a 659.
- «Los más y los mejores. Indemnizaciones sancionatorias (Punitive Damages), jurados, jueces, profesionales y agencias reguladoras», *InDret* 2/2003, (w.w.w.indret.com), pp. 1 a 10.
- SALVADOR CODERCH, P., FERNÁNDEZ CRENDE, A.**, «Causalidad y responsabilidad», tercera edición, *InDret* 1/2006, (w.w.w.indret.com), pp. 1 a 25.
- SALVI, C.**, «Risarcimento del Danno», en AA. VV., *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XL, ed. Giuffrè Editore, Varese, 1989, pp. 1084 a 1105.
- SAN JUAN CRUCELAEGUI, J.**, *Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Aranzadi, Navarra, 2005.
- SÁNCHEZ ARISTI, R.**, «Comentario a los artículos 1.101 a 1.107», en AA. VV., *Comentario al Código Civil*, (coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 1277 a 1294.
- SÁNCHEZ CALERO, F.**, «Comentario al artículo 17», en AA. VV., *Ley de Contrato de Seguro, Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, (Fernando Sánchez Calero, director), segunda edición (revisada y puesta al día), Editorial Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 300 a 309 .
- SÁNCHEZ CALERO, F.J.**, «La noción de contrato en el derecho contractual europeo», en AA. VV., *Europa y los nuevos límites de autonomía privada*, (Juan Miguel Ossorio Serrano ed.), Universidad de Granada, Granada, 2005, pp. 13 a 24.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^aP.**, «El daño moral. Una aproximación a su configuración jurídica», *Revista de Derecho Privado*, 2006, pp. 27 a 54.
- SÁNCHEZ LORENZO, S.**, «La unificación jurídica europea y el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales», en AA. VV., *La Unificación*

Jurídica Europea, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP, (director José Manuel García Collantes), Civitas, Madrid, 1999, pp.139 a 164.

- *Derecho privado europeo*, Comares, Granada, 2002.

- «¿Hacia un código civil europeo?», en AA. VV., *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa*, (editores Sixto Sánchez Lorenzo y Mercedes Moya Escudero), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 381 a 406.

- «La Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea y el Derecho Internacional Privado», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t.XI, 2011, pp. 35 a 61.

SÁNCHEZ LORENZO, S., MOYA ESCUDERO, M., *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa*, (editores Sixto Sánchez Lorenzo y Mercedes Moya Escudero), Dykinson, Madrid, 2003.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «La unificación del derecho privado europeo: los principios de derecho contractual europeo de la Comisión Lando», en AA. VV., *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa*, (editores Sixto Sánchez Lorenzo y Mercedes Moya Escudero), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 235 a 262.

- «La moderna regulación de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual en el nuevo Derecho de la contratación: El triángulo de las Bermudas», en AA. VV., *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, (dir. Klaus Jochen Albiez Dohrmann, coords. M^a Luisa Palazón Garrido y M^a del Mar Méndez Serrano), Atelier, Barcelona, 2011, pp. 448 a 482.

SANTOS BRIZ, J., *Derecho de daños*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

- *La Responsabilidad Civil*, Montecorvo, 7^a edición, Madrid, 1993.

- «Comentario a los artículos 1.100 a 1.109 del Código Civil», en AA. VV., *Comentario del Código Civil*, Tomo VI, (coord. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), Bosch, Barcelona, 2000, pp. 84 a 162.

SCANNICCHIO, N., «Criterio y dificultades para la unificación del derecho privado europeo: impacto del derecho comunitario en los ordenamientos internos», en AA. VV., *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa*, (editores Sixto Sánchez Lorenzo y Mercedes Moya Escudero), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 207 a 234.

SCHAUB, M., «The Common Frame of Reference and the Future of European Contract Law-Society of European Contract Law (SECOLA)», *European Review of Private Law*, 15/5, 2007, pp. 751 a 755.

SCHLECHTRIEM, P., *Commentary on the unConvention on the International Sale of Goods (CISG)*, Second Edition (in translation), Translates by Geoffrey Thomas, Clarendon Press, Oxford, 1998.

- SCHLESIGER, R.**, *Formation of Contract- A Study of the Common Core of Legal Systems*, New York-London, 1968.
- SCHMID, C.U.**, «The Instrumentalist Conception of the Acquis Communautaire in Consumer Law and its Implications on a European Contract Law Code», *European Review of Contract Law*, 2, 2005, pp. 211 a 227.
- SCHMIDT-KESSEL, M.**, «Der Vorschlag der Kommission für ein Optionales Instrument-Einleitung», *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht? (Eine Analyse des Vorschlags der Kommission)*, Seller, Munich, 2012.
- SCHNEIDER, E.C.**, *Measuring Damages under the CISG*, en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/cross/cross-74.htm1>.
- SCHULZE, R.**, «El derecho contractual europeo y sus textos básicos», en AA. VV., *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, (editores Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 629 a 638.
- «European Private Law and Existing EC Law», *European Review of Private Law*, 13/1, 2005, pp. 3 a 19.
- «El Acquis Communautaire», en AA. VV., *Principios de Derecho Contractual Europeo y Principios de Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales*, (directores M^a. Pilar Ferrer Vanrell y Anselmo Martínez Cañellas), Dykinson, Madrid, 2009, 51 a 61.
- SCHULZE, R.**, **ZIMMERMANN, R.**, *Textos Básicos de Derecho Privado Europeo. Recopilación*, (Presentación y coordinación de la edición española, estudio preliminar y anotaciones de Derecho español y europeo de Esther Arroyo i Amayuelas), Marcial Pons, Madrid, 2002.
- SCOGNAMIGLIO, R.**, «Il danno morale», *Rivista di Diritto civile*, 1957, I, pp. 277 a 336.
- SEFTON-GREEN, R.**, *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2005 and 2009.
- SEQUEIRA MARTÍN, A.**, «El derecho a la indemnización de daños y perjuicios en la Ley general de defensa de los consumidores y usuarios», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1986, pp. 1443 a 1468.
- SEROUSSI, R.**, *Introducción al Derecho inglés y norteamericano*, (versión de Enrique Alcaraz Varó), Ariel Derecho, Barcelona, 1998.
- SIRENA, P.**, «The Rules about Restitution in the Proposal on a Common European Sales Law», *European Review of Private Law*, 19/6, pp. 977 a 100.
- SOLÉ FELIU, J.**, «El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español», *Indret*, 2009, ([w.w.w.indret.com](http://www.indret.com)), pp. 1 a 42.
- SOLER PRESAS, A.**, «El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS [1.^a] de 15 de Noviembre de 1994)», *Anuario de Derecho Civil*, 1995, pp. 951 a 969.

- «Comentario a los artículos 75 a 77», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), ed. Civitas, Madrid, 1998, pp. 609 a 628.

- *La Valoración del Daño en el Contrato de Compraventa*, Aranzadi Editorial, Navarra, 1998.

- «La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR», *InDret Barcelona Mayo de 2009*, (w.w.w.indret.com), pp. 1 a 32.

STARCK, B., *Droit civil. Obligations*, Paris, 1972.

STAUDENMAYER, D., «The Commission Action Plan on European Contract Law», *European Review of Private Law*, 11/2, 2003, pp. 113 a 127.

- «The Way Forward in European Contract Law», *European Review of Private Law*, 13/2, 2005, pp. 95 a 104.

STEIN, P., *Incontro di Studio su Il Futuro Codice Europeo dei Contratti*, Pavia, 20-21 ottobre 1990, (a cura di Peter Stein), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1993.

- *I fondamenti del diritto europeo*, (traduzioni di Anna De Vita, Maria Donata Panforti e Vincenzo Varano), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1995.

- *Convegni di Studio per la Redazione del Progetto di un Codice Europeo dei Contratti*, Pavia, 1992-1994, (a cura di Peter Stein), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1996.

STOLL, H., «Commentary Arts. 74 a 77», en AA. VV., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Second Edition (in translation), (Edited by Peter Schlechtriem), Translated by Geoffrey Thomas, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 552 a 590.

- «Commentary Art. 79 y 80», en AA. VV., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Second Edition (in translation), (Edited by Peter Schlechtriem), Translated by Geoffrey Thomas, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 600 a 631.

STONE, R., *The modern law of contract*, Routledge-Cavendish, 7 th. ed., London, 2007.

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, edited by Christian Von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke Interim Outline Edition, Seller, Munich, 2008.

- *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, edited by Christian Von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke, Outline Edition, Seller, Munich, 2009.

- *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, edited by Christian Von Bar and Eric Clive, Full Edition, vols. I a VI, Oxford University Press, Oxford-New York, 2010.
- TALLON, D.**, «Commentary Arts. 79 y 80», en AA. VV., *Commentary on the International Sales Law*, The 1980 Vienna Sales Convention, (By C.M. Bianca y M.J. Bonell, coord. By M.J. Bonell), ed. Giuffrè, Milan, 1987, pp. 572 a 600.
- «Les dommages-intérêts dans les Principes Unidroit relatifs aux contrats du comerce internacional», en AA. VV., *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit*, (a cura di Michael J.Bonell e di Franco Bonelli), Giuffrè Editore, Milano, 1997, pp. 295 a 305.
- TAMAYO CARMONA, J.A.**, *Responsabilidad y riesgo contractual: normas de la Convención de Viena, sobre venta internacional de mercaderías e incoterms 2000*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- TIRADO SUÁREZ, F.J.**, «El lucro cesante en los seguros de daños», *Revista Española de Seguros*, número 3, tercer trimestre, julio-septiembre, Madrid, pp. 211 a 244.
- TORIO LÓPEZ, A.**, «Naturaleza y ámbito de la imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1986, pp. 33 a 48.
- TORRALBA SORIANO, O.V.**, «La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones», *Anuario de Derecho Civil*, 1971, pp. 1143 a 1166.
- TORRES LÓPEZ, J.**, *Análisis económico del derecho. Panorama doctrinal*, Tecnos, Madrid, 1987.
- TREITEL, G.H.**, *The Law of Contract*, Stevens & Sons, 6 ed., London, 1983.
- *Remedies for Breach of Contracts. A Comparative Account*, Clarendon Press, 2ª ed., Oxford, 1989.
- *The Law of Contract*, Sweet & Maxwell. 12 ed., London, 2007.
- UNCITRAL (CNUDMI)**, *Comentarios sobre el Proyecto de Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, preparados por la Secretaría de la CNUDMI-UNCITRAL, <http://www.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/cisg/1.htm1>.
- *Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods.htm1.
- ULMER, P.**, «Las vías de unificación del Derecho Privado en Europa», *Revista de Derecho Mercantil*, 1993, pp. 1004 a 1018.
- UNIDROIT**, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Internacional Privado, *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, (traducción española realizada por el Profesor A.M. Garro), Roma, 1995.

- *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, (segunda impresión corregida por el Profesor A.M.Garro,) Roma, 2001.
- *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Rome, 2004.
- *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Rome, 2010.

VALIÑO ARCOS, E., «Observaciones preliminares sobre el Anteproyecto “Gandolfi”: Hacia la consecución de un “Code Européen des Contrats», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, número 10, 2003, pp. 383 a 402.

VALPUESTA GASTAMINZA, E., *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo. Marco común de referencia y Derecho español*, AA. VV., (Eduardo Valpuesta Gastaminza coordinador), Bosch, Barcelona, 2011.

- «La propuesta de Derecho privado unificado de obligaciones y contratos para Europa: el *Draft Common Frame of Reference*», en AA. VV., *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo. Marco común de referencia y Derecho español*, (Eduardo Valpuesta Gastaminza coordinador), Bosch, Barcelona, 2011, pp. 61 a 87.

VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, tomo III. Parte especial Derechos personales o de obligaciones, 4ª ed., Valladolid, 1937.

VAQUER ALOY, A., «La vocación europea del derecho civil. Reflexiones sobre la oportunidad de un Código civil europeo», *La Ley*, número 5535, 2002, «http://authn.laley.net/hdiario/2002/diario_0502_docl.html», pp. 1 a 29.

- «Incumplimiento del Contrato y Remedios», en AA.VV., *Derecho Privado Europeo*, (coordinado por Sergio Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2003, pp. 525 a 554.

- «Mora creditoris and the Principles of European Contract Law», en AA. VV., *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, (editores Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 385 a 404.

- «El concepto de daño en el derecho comunitario», en AA. VV., *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo II, (coord. por Eugenio Llamas Pombo), ed. La Ley, Madrid, 2006, pp. 869 a 895.

- «El Marco Común de Referencia», en AA. VV., *Derecho Contractual Europeo*, (director Esteve Bosch Capdevila, coordinador Decanato del Colegio de Registradores de Catalunya), Editorial Bosch, Barcelona, 2009, pp. 239 a 265.

VATTIER FUENZALIDA, C., «Para la Unificación Internacional del Derecho de Obligaciones en la Comunidad Europea», *Revista de Derecho Privado*, 1994, pp. 223 a 230.

- «Los “Principles of european Contract Law”: un nuevo paso hacia la armonización de las obligaciones contractuales en la Unión Europea», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1998, pp. 1129 a 1132.

- «El Anteproyecto de Pavía», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, número 10, 2003, pp. 419 a 434.

- «Nota sobre el incumplimiento y la responsabilidad contractual», en AA. VV., *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo II, (coord. por Eugenio Llamas Pombo), ed. La Ley, Madrid, 2006, pp. 916 a 930.

VATTIER, C., DE LA CUESTA, J.M^a., CABALLERO, J.M^a., *Código Europeo de Contratos*, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), Tomo I y II, Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, (dirigido por Carlos Vattier, José M^a. de la Cuesta y José M^a Caballero), Dykinson, Madrid, 2003.

VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *Compraventa internacional de Mercaderías. Una Visión Jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

VENDRELL CERVANTES, C., «PECL in Spain», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 3/2008, pp. 534 a 548.

VENEZIANO, A., «Commentary Arts. 8:101 a 8:103», en AA. VV., *Principles of European Contract Law and Italian Law*, (edited by Luisa Antonioli y Anna Veneziano) Kluwer Lax International, The Netherlands, 2.005, pp. 357-369.

VERDERA IZQUIERDO, B., «La interpretación de los contratos a partir de los principios contractuales europeos», en AA. VV., *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, (editores Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 245 a 260.

VERDERA SERVER, R., *El Cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1995.

VEYTIA, H., «El capítulo uno de los principios del Unidroit: "Disposiciones generales"», en AA. VV., *Comentario a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1998, pp. 33 a 52.

VICENTE DOMINGO, E., «Lección 3^a. El Daño», en AA. VV., *Lecciones de Responsabilidad Civil*, (coordinado por Fernando Reglero Campos), Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 71 a 90.

- «El resarcimiento de daños», en AA. VV., *Código Europeo de Contratos*, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), Tomo II Comentarios en Homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, (dirigido por Carlos Vattier, José M^a. de la Cuesta y José M^a Caballero), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 601 a 618.

- «La reparación integral y la compensación de lucros y daños», en AA. VV., *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo II, (coord. por Eugenio Llamas Pombo), ed. La Ley, Madrid, 2006, pp. 931 a 939.

- VIGURI PEREA, A.**, «Supuestos de incumplimiento», en AA. VV., *Código Europeo de Contratos*, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), Tomo II, Comentarios en Homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, (dirigido por Carlos Vattier, José M^a. de la Cuesta y José M^a Caballero), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 417 a 434.
- *Los Contratos Comerciales Internacionales: análisis de la compraventa desde la perspectiva del Derecho Comparado (Derecho español, Derecho norteamericano, Principios Unidroit y Convenio de Viena)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007.
- VISINTINI, G.**, «Inadempimento», en AA. VV., *Enciclopedia Giuridica*, Istituto Della Enciclopedia Italiana, Roma, 1989, pp. 1 a 10.
- VIVAS TESÓN, I.**, «España y el proceso de Codificación del Derecho contractual europeo», en AA. VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, (coordinadores Josefina Alventosa del Río y Rosa Moliner Navarro), Volumen II, Publicacions Universitat de València Valencia, 2008, pp. 1285 a 1297.
- VON BAR, C.**, «Il gruppo di studi su un Codice Civile Europeo», en AA.VV., *Il Codice Civile Europeo. Materiali dei seminari 1999-2000. Raccolti da Guido Alpa e Emilio Nicola Buccico*, (Alpa, G., Buccico, E.N., dirs.), Giufrè, Milano, 2001, pp. 3 a 19.
- «The notion of damage», en AA. VV., *Towards a European Civil Code*, editors Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Ewoud Hondius, Chantal Mak, Edgar du Perron, Kluwer Law International, fourth edition, The Netherlands, 2011, pp. 387 a 399.
- «Working Together Toward a Common Frame of Reference», *Juridica International*, X, 2005, pp. 17 a 26.
- «Coverage and Structure of the Academic Common Frame of Reference», *European Review of Contract Law*, 3, 2007, pp. 350 a 361.
- VON BAR, C.**, **SWAN, S.**, «Response to the Action Plan on European Contract Law: a more coherent European Contract Law [COM (2003)63]», *European Review of Private Law*, 11/5, 2003, pp. 595 a 622.
- VON THUR, A.**, *Tratado de la Obligaciones*, tomo II, traducido del alemán y concordado por W. Roces, Editoria Reus, Madrid, 1934.
- WILL, M.**, «Commentary Art. 45», en AA. VV., *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention*, (By C.M. Bianca y M.J. Bonell, coord. by M.J. Bonell), Giufrè, Milán, 1987, pp. 329 a 333.
- WERRO, F.**, **PALMER, V.V.**, *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*, Stämpfli-Carolina Academic Press, 2004.
- XIOL RÍOS, J.A.**, «Criterios de imputación en la responsabilidad contractual», *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXV, Número 2132, Junio de 2011, pp. 1 a 9.

YZQUIERDO TOLSADA, M., «La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y aquiliana. Razones para una moderada unificación», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1991, pp. 443 a 489.

- *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001.

- «Consecuencias del incumplimiento. En particular, reflexiones sobre los remedios solutorios por el equivalente, los remedios resarcitorios y ciertas medidas de presión sobre el deudor incumplidor», en AA. VV., *Código Europeo de Contratos*, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), Tomo II, Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, (dirigido por Carlos Vattier, José M^a. de la Cuesta y José M^a Caballero), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 435 a 451.

ZACARRIA, A., «Commentario al artt. 1223», en AA. VV., *Commentario Breve al Codice Civile*, Giorgio Cian e Alberto Trabucchi, decima edizione a cura di Giorgio Cian, Cedam, Padova, 2011, pp. 1276 a 1280.

- «Commentario al artt. 1225», en AA. VV., *Commentario Breve al Codice Civile*, Giorgio Cian e Alberto Trabucchi, decima edizione a cura di Giorgio Cian, Cedam, Padova, 2011, p. 1286.

ZENO ZENCOVICH, V., «Il “codice civile europeo”, le tradizioni giuridiche nazionali e il neo-positivismo», *Il Foro Italiano*, 1998, V, pp. 60 a 68.

ZIEGEL, J.S., *Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ziegel74.htm1>, pp.

ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho Privado Europeo*, (traducción Vaquer Aloy), Civitas, Madrid, 2000.

- *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, traducción al castellano de Esther Arroyo i Amayuelas, editorial Bosch, Barcelona, 2008.

ZIMMERMANN, R., WHITTAKER, S., *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000.

ZWEIGERT, K., KÖTZ, H., *An Introduction to Comparative Law*, translated from the German by Tony Weir, Third Revised Edition, Clarendon Press.Oxford, 1998.

- *Introducción al derecho comparado*, (traducción por Arturo Aparicio Vázquez y revisión técnica Aljandro Torres Estrada), Oxford University Press México, México, 2002.

SENTENCIAS CITADAS

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC DE 8 DE JUNIO DE 1988, PONENTE EUGENIO DÍAZ EIMIL (RTC 1988, 107)

STC DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1991, PONENTE D. VICENTE GIMENO SENDRA (RTC 1991, 214)

TRIBUNAL SUPREMO (SALA PRIMERA)

STS DE 6 DE DICIEMBRE DE 1912, PONENTE D. RAFAEL BERMEJO (RJ 1912, 95)

STS DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1916, PONENTE D. MARIANO LUJÁN (RJ 1916, 62)

STS DE 14 DE DICIEMBRE DE 1917, PONENTE D. MARIANO LUJÁN (RJ 1917, 205)

STS DE 10 DE JULIO DE 1928, PONENTE D. MARTÍN PERILLÁN (RJ 1928, 128)

STS DE 31 DE MARZO DE 1930 (RJ 1930, 816)

STS DE 19 DE MAYO DE 1934 (RJ 1934, 903)

STS DE 25 DE JUNIO DE 1945 (RJ 1945, 721)

STS DE 14 DE DICIEMBRE DE 1950, PONENTE D. FELIPE GIL CASARES (RJ 1950, 1840)

STS DE 28 DE ABRIL DE 1955, PONENTE D. ACACIO CHARRÍN Y MARTÍN VEÑA (RJ 2009, 1555)

STS DE 28 DE FEBRERO DE 1959, PONENTE D. ANTONIO DE VICENTE TUTOR Y GUEL BENZU (RJ 1959, 1086)

STS DE 7 DE FEBRERO DE 1962, PONENTE D. FRANCISCO BONET RAMÓN (RJ 1962, 672)

STS DE 6 DE OCTUBRE DE 1962, PONENTE D. MANUEL RUIZ GÓMEZ (RJ 1962, 3603)

STS DE 28 DE FEBRERO DE 1964, PONENTE D. MANUEL LOJO TATO (RJ 1964, 1224)

STS DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1973, PONENTE D. FEDERICO RODRÍGUEZ SOLANO Y ESPÍN (RJ 1973, 4547)

STS DE 10 DE ENERO DE 1979, PONENTE D. JAIME DE CASTRO GARCÍA (RJ 1979,18)

STS DE 22 DE JUNIO DE 1979, PONENTE D. ANTONIO SÁNCHEZ JÁUREGUI (RJ 1979, 2447)

STS DE 7 DE DICIEMBRE DE 1979, PONENTE D. JOSÉ ANTONIO SEIJAS MARTÍNEZ (RJ 1979, 4119)

STS DE 20 DE DICIEMBRE DE 1979, PONENTE D. ANTONIO SÁNCHEZ JAUREGUI (RJ 1979, 4446)

STS DE 31 DE ENERO DE 1980, PONENTE D. JOSÉ BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO (RJ 1980, 175)

STS DE 21 DE JUNIO DE 1980, PONENTE D. JAIME DE CASTRO GARCÍA (RJ 1980, 2726)

STS DE 5 DE JULIO DE 1980, PONENTE D. JAIME DE CASTRO GARCÍA (RJ 1980, 3085)

STS DE 20 DE ABRIL DE 1981, PONENTE D. JAIME DE CASTRO GARCÍA (RJ 1981,1659)

STS DE 15 DE DICIEMBRE DE 1981, PONENTE D. CARLOS DE LA VEGA BENAYAS (RJ 1981, 5157)

STS DE 4 DE OCTUBRE DE 1982, PONENTE D. CECILIO SERENA VELLOSO (RJ 1982, 5538)

STS DE 6 DE OCTUBRE DE 1982, PONENTE D. ANTONIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (RJ 1982, 5540)

STS DE 20 DE OCTUBRE DE 1982, PONENTE D. ANTONIO SÁNCHEZ JAUREGUI (RJ 1979, 4446)

STS DE 9 DE MARZO DE 1983, PONENTE D. JAIME DE CASTRO GARCÍA (RJ 1983, 1463)

STS DE 31 DE MAYO DE 1983, PONENTE D. CECILIO SERENA VELLOSO (RJ 1983, 2956)

STS DE 6 DE JULIO DE 1983, PONENTE D. ANTONIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (RJ 1983, 4073)

STS DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1983, PONENTE D. CECILIO SERENA VELLOSO (RJ 1983, 6116)

STS DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1983, PONENTE D. MARIANO MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ (RJ 1983, 6681)

STS DE 12 DE ABRIL DE 1984, PONENTE D. JAIME SANTOS BRIZ (RJ 1984, 1960)

STS DE 9 DE MAYO DE 1984, PONENTE D. CARLOS DE LA VEGA BENAYAS (RJ 1984, 2403)

STS DE 25 DE JUNIO DE 1984, PONENTE D. MARIANO MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ (RJ 1984, 1145)

STS DE 27 DE JUNIO DE 1984 (RJ 1984, 3438), PONENTE D. RAFAEL PÉREZ GIMENO (RJ 1984, 3438)

STS DE 8 DE OCTUBRE DE 1984, PONENTE D. ANTONIO SÁNCHEZ JAUREGUI (RJ 1984, 4761)

STS DE 23 DE OCTUBRE DE 1984, PONENTE D. JAIME DE CASTRO GARCÍA (RJ 1984, 4971)

STS DE 5 DE JUNIO DE 1985, PONENTE D. JOSÉ MARÍA GÓMEZ DE LA BÁRCENA Y LÓPEZ (RJ 1985, 3094)

STS DE 2 DE ABRIL DE 1986 PONENTE, D. JAIME SANTOS BRIZ (ID CENDOJ 28079110011986100206)

STS DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1986, PONENTE D. MARIANO MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ (RJ 1986, 4786)

STS DE 9 DE FEBRERO DE 1987, PONENTE D. CECILIO SERENA VELLOSO (RJ 1987, 692)

STS 17 DE SEPTIEMBRE DE 1987, PONENTE D. RAMÓN LÓPEZ VILAS (RJ 1987, 6063)

STS DE 20 DE FEBRERO DE 1988, PONENTE D. EDUARDO FERNÁNDEZ-CID DE TEMES (RJ 1988, 1072)

STS DE 11 DE MARZO DE 1988, PONENTE D. JOSÉ LUIS ALBÁCAR LÓPEZ (RJ 1988, 1961)

STS 7 DE JUNIO DE 1988, PONENTE D. EDUARDO FERNÁNDEZ-CID DE TEMES (RJ 1988, 4823)

STS 23 DE FEBRERO DE 1989, PONENTE D. ALFONSO BARCALA TRILLO-FIGUEROA (RJ 1989, 1250)

STS DE 20 DE JUNIO DE 1989, PONENTE D. RAMÓN LÓPEZ VILAS (RJ 1989, 4702)

STS DE 3 DE JULIO DE 1989, PONENTE D. RAMÓN LÓPEZ VILAS (RJ 1989, 5281)

STS DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1989, PONENTE D. PEDRO GONZÁLEZ POVEDA (RJ 1989, 6393)

STS DE 6 DE JULIO DE 1990, PONENTE D. EDUARDO FERNÁNDEZ-CID DE TEMES (RJ 1990, 5780)

STS DE 23 DE JULIO DE 1990, PONENTE D. JAIME SANTOS BRIZ, (RJ 1990, 6164)

STS DE 10 DE OCTUBRE DE 1990, PONENTE D. RAFAEL CASARES CÓRDOBA (RJ 1990, 7592)

STS DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1990, PONENTE D. RAFAEL CASARES CÓRDOBA (RJ 1990, 9012)

STS DE 12 DE DICIEMBRE DE 1990, PONENTE D. PEDRO GONZÁLEZ POVEDANO (RJ 1990, 9999)

STS DE 7 DE MAYO DE 1991, PONENTE D. JAIME SANTOS BRIZ (RJ 1991, 3584)

STS DE 3 DE JUNIO DE 1991, PONENTE D. ALFONSO VILLAGÓMEZ RODIL (RJ 1991, 4407)

STS DE 4 DE JULIO DE 1991, PONENTE D. JOSÉ LUIS ALBARCA LÓPEZ (RJ 1991, 5324)

STS DE 15 DE JUNIO DE 1992, PONENTE D. EDUARDO FERNÁNDEZ-CID DE TEMES (RJ 1992, 5136)

STS DE 15 DE JUNIO DE 1992, PONENTE D. JOSÉ LUIS ALBÁCAR LOPEZ (RJ 1992, 5138)

STS DE 15 DE JUNIO DE 1992, PONENTE D. JOSÉ LUIS ALBÁRCA LÓPEZ (RJ 1992, 5138)

STS DE 29 DE MAYO DE 1993, PONENTE D. PEDRO GONZÁLEZ POVEDA (RJ 1993, 4052)

STS DE 3 DE JUNIO DE 1993, PONENTE D. EDUARDO FERNÁNDEZ-CID DE TEMES (RJ 1993, 4383)

STS DE 23 DE JUNIO DE 1993, PONENTE D. ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS (RJ 1993, 5380)

STS DE 1 DE JULIO DE 1993, PONENTE D. EDUARDO FERNÁNDEZ-CID DE TEMES (RJ 1993, 5784)

STS DE 30 DE JUNIO DE 1993, PONENTE D. RAFAEL CASARES CÓRDOBA (RJ 1993, 5340).

STS DE 22 DE OCTUBRE DE 1993, PONENTE D. ALFONSO VILLAGÓMEZ RODIL (RJ 1993, 7762)

STS DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1993, PONENTE D. JAIME SANTOS BRIZ (RJ 1993, 9222).

STS 14 DE DICIEMBRE DE 1993, PONENTE D. JOSÉ ALMAGRO NOSETE (RJ 1993, 9886)

STS DE 31 DE DICIEMBRE DE 1993, PONENTE D. RAFAEL CASARES CÓRDOBA (RJ 1993, 9918)

STS DE 15 DE FEBRERO DE 1994, PONENTE D. ALFONSO VILLAGÓMEZ RODIL (RJ 1994, 1308)

STS DE 25 DE JULIO DE 1994, PONENTE D. JOSÉ ALMAGRO NOSETE (RJ 1994, 6776)

STS DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1994, PONENTE D. ALFONSO BARCALÁ Y TRILLO-FIGUEROA (RJ 1994, 7026)

STS DE 4 DE OCTUBRE DE 1994, PONENTE D. ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS (RJ 1994, 7447)

STS DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1994, PONENTE D. ALFONSO BARCALÁ TRILLO-FIGUEROA (RJ 1994, 7026).

STS DE 9 DE DICIEMBRE DE 1994, PONENTE D. EDUARDO FERNÁNDEZ-CID DE TEMES (RJ 1994, 9433)

STS 14 DE DICIEMBRE DE 1994, PONENTE D. ALFONSO BARCALÁ TRILLO-FIGUEROA (RJ 1994, 10110)

STS DE 6 DE ABRIL DE 1995, PONENTE D. LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ (RJ 1995, 3416)

STS DE 4 DE MARZO DE 1995, PONENTE D. PEDRO GONZÁLEZ POVEDA (RJ 1995, 3132)

STS DE 22 DE MAYO DE 1995, PONENTE D. LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ (RJ 4089, 1995).

STS DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1995, PONENTE D. PEDRO GONZÁLEZ POVEDA (RJ 6362, 1997)

STS DE 18 DE DICIEMBRE DE 1995, PONENTE D. ALFONSO VILLAGÓMEZ RODIL (RJ 1995, 9149)

STS DE 8 DE FEBRERO DE 1996, PONENTE D. EDUARDO FERNÁNDEZ-CID DE TEMES (RJ 1996, 54)

STS DE 8 DE JULIO DE 1996, PONENTE D. ALFONSO VILLAGÓMEZ RODIL (RJ 1996, 5662)

STS DE 8 DE JULIO DE 1996, PONENTE D. GUMERSINDO BURGOS PÉREZ DE ANDRADE (RJ 1996, 5663)

STS DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 1996, PONENTE D. FRANCISCO MORALES MORALES (RJ 1996, 6561)

STS DE 19 DE OCTUBRE DE 1996, PONENTE D. EDUARDO FERNÁNDEZ-CID DE TEMES (RJ 1996, 7508)

STS DE 21 DE OCTUBRE DE 1996, PONENTE D. ALFONSO VILLAGÓMEZ RODIL (RJ 1996, 7235)

STS DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1996, PONENTE D. FRANCISCO MORALES MORALES (RJ 1996, 7923)

STS DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1996, PONENTE D. ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS (RJSIC TOL 217, 565)

STS DE 14 DE DICIEMBRE DE 1996, PONENTE D. EDUARDO FERNÁNDEZ-CID DE TEMES (RJ 1996, 8970).

STS DE 22 DE FEBRERO DE 1997, PONENTE D. FRANCISCO MORALES MORALES (RJ 1997, 1189)

STS DE 12 DE MARZO DE 1997, PONENTE D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ (RJ 1997, 2490)

STS DE 2 DE ABRIL DE 1997, PONENTE D. PEDRO GONZÁLEZ POVEDA (RJ 1997, 2727)

STS DE 24 DE ABRIL DE 1997, PONENTE D. LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ (RJ 1997, 3396)

STS DE 13 DE MAYO DE 1997, PONENTE D. FRANCISCO MORALES MORALES (RJ 1997, 3842)

STS DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1997, PONENTE D. PEDRO GONZÁLEZ POVEDA (RJ 1997, 8460)

STS DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1997, PONENTE D. FRANCISCO MORALES MORALES (RJ 1997, 7871)

STS DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1997, PONENTE D. ALFONSO VILLAGÓMEZ RODIL (RJ 1997, 8097)

STS DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1997, PONENTE D. FRANCISCO MORALES MORALES (RJ 1997, 8396)

STS DE 28 DE ENERO DE 1998, PONENTE D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ (RJ 1998, 357)

STS 6 DE ABRIL DE 1998, PONENTE D. IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA (RJ 1998, 2140)

STS DE 30 DE ABRIL DE 1998, PONENTE D. PEDRO GONZÁLEZ POVEDA (RJ 1998, 2602)

STS DE 12 DE MAYO DE 1998, PONENTE D. PEDRO GONZÁLEZ POVEDA (RJ 1998, 3575)

STS DE 11 DE JUNIO DE 1998, PONENTE D. EDUARDO FERNÁNDEZ-CID DE TEMES (RJSIC TOL 1.859)

STS DE 20 DE JUNIO DE 1998, PONENTE ALFONSO BARCALÁ TRILLO-FIGUEROA (RJ 1998, 4904)

STS DE 20 DE JULIO DE 1998, PONENTE D. ROMÁN GARCÍA VARELA (RJ 1998, 6126)

STS DE 5 DE OCTUBRE DE 1998, PONENTE D. ROMÁN GARCÍA VARELA (RJ 1998, 8367)

STS DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1998, PONENTE D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ (RJ 1998, 8404)

STS DE 16 DE MARZO 1999, PONENTE D. ROMÁN GARCÍA VARELA (RJ 1999, 1675)

STS DE 24 DE MAYO DE 1999, PONENTE D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ (RJ 1999, 4056)

STS DE 29 DE JUNIO DE 1999, PONENTE D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ (RJ, 1999, 4895)

STS DE 2 DE JULIO DE 1999, PONENTE D. ALFONSO VILLAGÓMEZ RODIL, (RJ 1999, 4900)

STS DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1999, PONENTE D. ALFONSO VILLAGÓMEZ RODIL (RJ 1999, 7272)

STS DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1999, PONENTE D. JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ (RJ 1999, 8439).

STS DE 24 DE DICIEMBRE DE 1999, PONENTE D. FRANCISCO MORALES MORALES (RJ 2000, 1612)

STS DE 4 DE MARZO DE 2000, PONENTE D. JESÚS ERNESTO PECES MORATE (RJ 2000, 2459)

STS DE 31 DE MAYO DE 2000, PONENTE D. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ (RJ 2000, 5089)

STS DE 19 DE OCTUBRE DE 2000, PONENTE D. ALFONSO VILLAGÓMEZ RODIL (RJ 2000, 7733)

STS DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2000, PONENTE D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ (RJ 2000, 8678)

STS 7 DE NOVIEMBRE DE 2000, PONENTE D. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ (RJ 2000, 9911)

STS DE 22 DE FEBRERO DE 2001, PONENTE D. LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ (RJ 2010, 2242).

STS DE 2 DE MARZO DE 2001, PONENTE D. PEDRO GONZÁLEZ POVEDA (RJ 2001, 2590)

STS 29 DE MARZO DE 2001, PONENTE D. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ (RJ 2001, 3189)

STS DE 8 DE JUNIO DE 2001, PONENTE D. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ (RJ 2001, 5538)

STS DE 3 DE JULIO DE 2001, PONENTE D. ROMÁN GARCÍA VARELA (ID CENDOJ 28079110002001100351)

STS DE 8 DE OCTUBRE DE 2001, PONENTE D. FRANCISCO MARÍN CASTÁN (RJ 2001, 7551)

STS 20 DE FEBRERO DE 2002, PONENTE D. JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ (RJ 2002, 3501)

STS 11 DE MARZO DE 2002, PONENTE D. JOSÉ ALMAGRO NOSETE (RJ 2002, 5691)

STS DE 11 DE MAYO DE 2002, PONENTE D. LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ (RJSIC TOL 161.902)

STS DE 10 DE JUNIO 2002, PONENTE D. ANTONIO ROMERO LORENZO (RJ 2002, 4982)

STS DE 5 DE OCTUBRE DE 2002, PONENTE D. JOSÉ DE ASÍS GARROTE (RJ 2002, 9264)

STS DE 31 DE OCTUBRE DE 2002, PONENTE D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ (RJ 2002, 9736)

STS DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2002, PONENTE D. JOSÉ ALMAGRO NOSETE (RJ 2002, 10261)

STS DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2002, PONENTE D. ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS (RJ 2003, 10274)

STS DE 20 DE FEBRERO DE 2003, PONENTE D. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ (RJ 2003, 1174)

STS DE 26 DE JUNIO DE 2003, PONENTE D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ (RJ 2003, 5960)

STS DE 9 DE JULIO DE 2003, PONENTE D. IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA (RJ 2003, 4617)

STS DE 10 DE JULIO DE 2003, PONENTE D. CLEMENTE AUGER LIÑÁN (RJ 2003,4622)

STS DE 14 DE JULIO DE 2003, PONENTE D. PEDRO GONZÁLEZ POVEDA (RJ 2003, 4629)

STS DE 10 DE OCTUBRE DE 2003, PONENTE D. CLEMENTE AUGER LIÑÁN (ID CENDOJ 28079110002003100712)

STS DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2003, PONENTE D. JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ (RJ 2003, 8289)

STS 26 DE NOVIEMBRE DE 2003, PONENTE D. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ (RJ 2003, 8098)

STS DE 9 DE DICIEMBRE DE 2003, PONENTE D. ALFONSO VILLAGÓMEZ RODIL (RJ 2003, 8643)

STS DE 2 DE FEBRERO DE 2004, PONENTE D. CLEMENTE AUGER LIÑÁN (RJ 2004, 2607)

STS DE 2 DE ABRIL DE 2004, PONENTE DON CLEMENTE AUGER LIÑÁN (RJ 2004, 2607)

STS DE 21 DE MAYO DE 2004, PONENTE D. ROMÁN GARCÍA VARELA (RJ 2004, 3533)

STS DE 5 DE JULIO DE 2004, PONENTE D. FRANCISCO MARÍN CASTÁN (RJ 2004, 4938)

STS DE 28 DE OCTUBRE DE 2004, PONENTE D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ (RJ 2004, 7208)

STS DE 28 DE ENERO DE 2005, PONENTE D. PEDRO GONZÁLEZ POVEDA (RJ 2005, 1830)

STS DE 1 DE FEBRERO DE 2005, PONENTE D. JOSÉ ALMAGRO NOSETE (RJ 2005, 1749)

STS DE 4 DE FEBRERO DE 2005, PONENTE D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ (RJ 2005, 945)

STS DE 17 DE FEBRERO DE 2005, PONENTE D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ (RJ 2005, 92)

STS DE 15 DE MARZO DE 2005, PONENTE D. FRANCISCO MARÍN CASTÁN (RJ 2005, 2806)

STS DE 28 DE MARZO DE 2005, PONENTE D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ (RJ 2005, 2614)

STS DE 21 DE ABRIL DE 2005, PONENTE D. CLEMENTE AUGER LIÑÁN (RJ 2005, 4133)

STS DE 28 DE ABRIL DE 2005, PONENTE D. ROMÁN GARCÍA VARELA (2005, 3646)

STS DE 7 DE JULIO DE 2005, PONENTE D. PEDRO GONZÁLEZ POVEDA (RJ 2005, 9545)

STS DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2005, PONENTE D. RAFAEL RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES (RJ 2005, 707)

STS DE 6 DE OCTUBRE DE 2005, PONENTE D. ROMÁN GARCÍA VARELA (RJ 2005, 8736)

STS 10 DE OCTUBRE DE 2005, PONENTE D^a. ENCARNA ROCA TRÍAS (RJ 2005, 8576)

STS DE 21 DE OCTUBRE DE 2005, PONENTE D. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ (RJ 2005, 8547)

STS 15 DE NOVIEMBRE DE 2007, PONENTE D. IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA (RJ 2008, 17)

STS DE 19 DE DICIEMBRE DE 2005, PONENTE D. VICENTE LUIS MONTÉS PENADÉS (RJ 2006, 295).

STS 21 DE DICIEMBRE DE 2005, PONENTE JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA (RJ 2005, 10149)

STS DE 10 DE FEBRERO DE 2006, PONENTE D. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS (RJ 2006, 674)

STS DE 2 DE MARZO DE 2006, PONENTE D. VICENTE LUIS MONTÉS PENADÉS (RJ 2006, 919).

STS DE 21 DE MARZO DE 2006, PONENTE D. PEDRO GONZÁLEZ POVEDA (RJ 2006, 1591)

STS DE 23 DE MARZO DE 2006, PONENTE D. PEDRO GONZÁLEZ POVEDA (RJ 2006, 5453)

STS DE 30 DE MARZO DE 2006, PONENTE D. IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA (RJ 2006, 5291)

STS DE 5 DE ABRIL DE 2006, PONENTE D^a ENCARNA ROCA TRÍAS (RJ 2006, 1921)

STS DE 4 DE JULIO DE 2006, PONENTE D^a. ENCARNACIÓN ROCA TRIAS (RJ 2006, 6080)

STS 11 DE JULIO DE 2006, PONENTE D^a. ENCARNACIÓN ROCA TRIAS (RJ 2006, 4977)

STS DE 14 DE JULIO DE 2006, PONENTE D. CLEMENTE AUGER LIÑÁN (RJ 2006, 4965).

STS DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2006, PONENTE D^a. ENCARNACIÓN ROCA TRIAS (RJ 2006, 8631)

STS DE 31 DE OCTUBRE DE 2006, PONENTE D. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS (RJ 2006, 8405)

STS DE 5 DE ENERO DE 2007, PONENTE D^a. ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS (RJ 2007, 321)

STS 16 DE MAYO DE 2007, PONENTE D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ (RJ 2007, 3111)

STS DE 17 DE MAYO DE 2007, PONENTE D. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ (RJ 2007, 3542)

STS DE 20 DE JUNIO DE 2007, PONENTE D. IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA (RJ 2007, 3459)

STS DE 23 DE JULIO DE 2007, PONENTE D^a. ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS (RJ 2007, 4702)

STS DE 30 DE OCTUBRE DE 2007, PONENTE D. CLEMENTE AUGER LIÑÁN (RJ 2007, 1139)

STS DE 31 DE OCTUBRE DE 2007, PONENTE D. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS (RJ 2007, 8515)

STS 15 DE NOVIEMBRE DE 2007, PONENTE D. IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA (RJ 2008, 17)

STS 20 DE FEBRERO DE 2008, PONENTE FRANCISCO MARÍN CASTÁN (RJ 2008, 2671)

STS DE 11 DE ABRIL DE 2008, PONENTE D. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS (RJ 2008, 4358)

STS 2 DE JULIO DE 2008, PONENTE D. JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA (RJ 2008, 4276)

STS DE 7 DE JULIO DE 2008, PONENTE DON JOSÉ ALMAGRO NOSETE (RJ 2008, 4473)

STS DE 9 DE OCTUBRE DE 2008, PONENTE D. JOSÉ RAMÓN FERRÁNDIZ GABRIEL (RJ 2008, 6042)

STS DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2008, PONENTE D^a ENCARNACIÓN ROCA TRIAS (RJ 2008, 6061)

STS DE 3 DE DICIEMBRE DE 2008, PONENTE D^a. ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS (RJ 2009, 525)

STS DE 17 DE DICIEMBRE DE 2008, PONENTE D^a. ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS (RJ 2008, 675)

STS DE 7 DE ENERO DE 2009, PONENTE D^a. ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS (RJ 2010, 154)

STS DE 12 DE ENERO DE 2009, PONENTE D. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS (RJ 2009, 544)

STS 10 DE MARZO DE 2009, PONENTE D. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS (RJ 2009, 2796)

STS DE 8 DE ABRIL DE 2009, PONENTE D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ (RJ 2009, 2894)

STS DE 23 DE ABRIL DE 2009, PONENTE D. IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA (RJ 2009, 4140)

STS DE 20 DE MAYO DE 2009 PONENTE, D. JOSÉ ALMAGRO NOSETE (RJ 2009, 3184)

STS DE 25 DE MAYO DE 2009, PONENTE D^a. ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS (RJ 2009, 2417)

STS DE 3 DE DICIEMBRE DE 2009, PONENTE D^a. ENCARNACIÓN ROCA TRIAS (RJ 2009, 525)

STS DE 16 DE DICIEMBRE DE 2009, PONENTE D^a. ENCARNACIÓN ROCA TRIAS (RJ 2010, 859)

STS DE 9 DE MARZO DE 2010, PONENTE D. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS (RJ 2010, 3783)

STS DE 15 DE JUNIO DE 2010, PONENTE D. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS (RJ 2010, 5151)

STS DE 15 DE JULIO DE 2010, PONENTE D. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS (RJ 2010, 6049)

STS DE 7 DE OCTUBRE DE 2010, PONENTE D. JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA (RJ 2010, 7314)

STS DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2010, PONENTE D. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS (RJ 2010, 8037)

STS DE 9 DE FEBRERO DE 2012, PONENTE D. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS (RJ 2012, 4628)

STS DE 10 DE JULIO DE 2012, PONENTE D. ANTONIO SALAS CARCELLER (RJ 2012, 8357)

TRIBUNAL SUPREMO (SALA SEGUNDA)

STS DE 20 DE MAYO DE 1981 (SALA SEGUNDA), PONENTE D. JOSÉ HERMENEGILDO MOYNA MÉNGUEZ (RJ 1981, 2247)

STS DE 5 DE ABRIL DE 1983 (SALA SEGUNDA), PONENTE D. MARTÍN JESÚS RODRÍGUEZ LÓPEZ (RJ 1983, 2247)

STS DE 11 DE FEBRERO DE 1987 (SALA SEGUNDA), PONENTE D. FERNANDO DÍAZ PALOS (1987, 1241)

STS DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1987 (SALA SEGUNDA), PONENTE D. EDUARDO MÓNER MUÑOZ (RJ 1987, 8532)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP DE MÁLAGA DE 20 DE MARZO DE 1999 (SECCIÓN 6ª), PONENTE D. JOSÉ CALVO GONZÁLEZ (AC 1999, 707)

SAP DE BARCELONA (SECCIÓN 4ª) DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2001, PONENTE Dª. MERCEDES HERNÁNDEZ RUIZ-OLALDE (RJ 2001, 314179)

SAP DE LA CORUÑA (SECCIÓN 6ª) DE 21 DE JUNIO DE 2002, PONENTE Dª. Mª. DEL CARMEN VILARIÑO LÓPEZ (RJ 2002, 251629)

SAP DE PONTEVEDRA (SECCIÓN 6ª) DE 3 DE OCTUBRE DE 2002, PONENTE D. MAGDALENA FERNÁNDEZ SOTO (RJ 2002, 1851)

SAP DE ALICANTE (SECCIÓN 6ª) DE 7 DE OCTUBRE DE 2004, PONENTE D. JOSÉ MARÍA RIVES SEVA (AC 2005, 24046)

SAP DE VALENCIA (SECCIÓN 9ª) DE 18 DE FEBRERO DE 2005, PONENTE Dª. MARÍA ANTONIA GAITÓN REDONDO (AC 2005, 524)

SAP DE MADRID (SECCIÓN 18ª) DE 11 DE ABRIL DE 2005, PONENTE D. JESÚS RUEDA LÓPEZ (JUR 2005, 111010)

SAP DE VALENCIA (SECCIÓN 9ª) DE 20 DE JUNIO DE 2005, PONENTE D. GONZALO CARUANA FONT DE MORA (AC 2005, 1174)

SAP DE MADRID DE 11 DE OCTUBRE DE 2005 (SECCIÓN 10ª), PONENTE Dª. TERESA PUENTE-VILLEGAS Y JIMÉNEZ DE ANDRADE (JUR 2006, 40063)

SAP DE MADRID (SECCIÓN 21ª) DE 24 DE OCTUBRE DE 2006, PONENTE D. RAMÓN BELO GONZÁLEZ (JUR 2006, 53813)

SAP DE ALICANTE (SECCIÓN 8ª) DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2006, PONENTE D. ENRIQUE GARCÍA-CHAMÓN CERVERA (JUR 2006, 227013).

SAP MADRID (SECCIÓN 9ª) DE 6 DE ABRIL DE 2011, PONENTE D. JUAN ÁNGEL MORENO GARCÍA (JUR 2011, 186877)

SAP DE A CORUÑA (SECCIÓN 3ª) DE 27 DE MAYO DE 2011, PONENTE D. RAFAEL JESÚS FERNÁNDEZ-PORTO GARCÍA (JUR 2011, 224344)